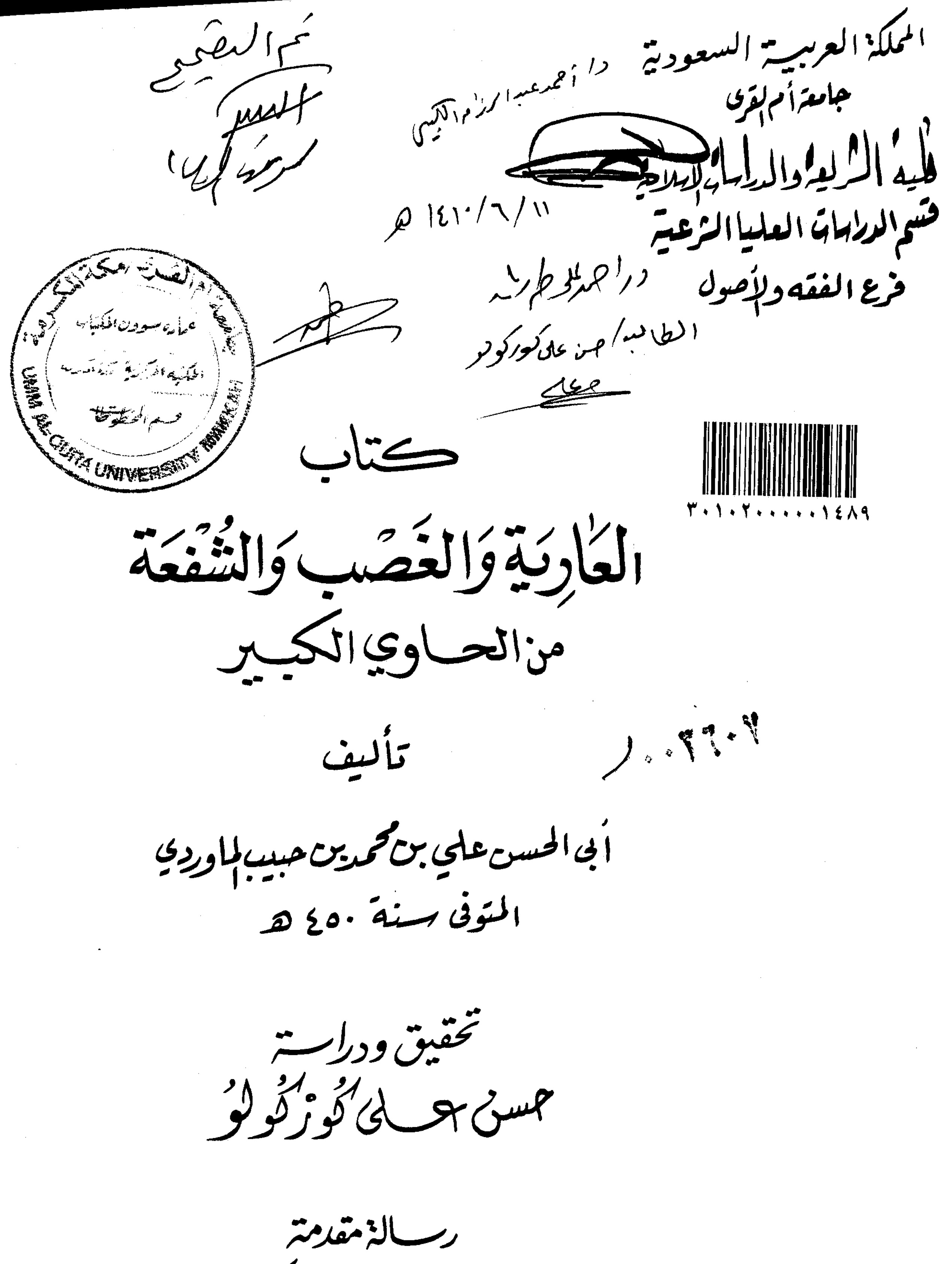


المملكة العربية السعودية
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول

كتاب
العارية والغصب والشفعة
من الحاوي الكبير

تأليف

أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي
المتوفى سنة ٤٥٠ هـ

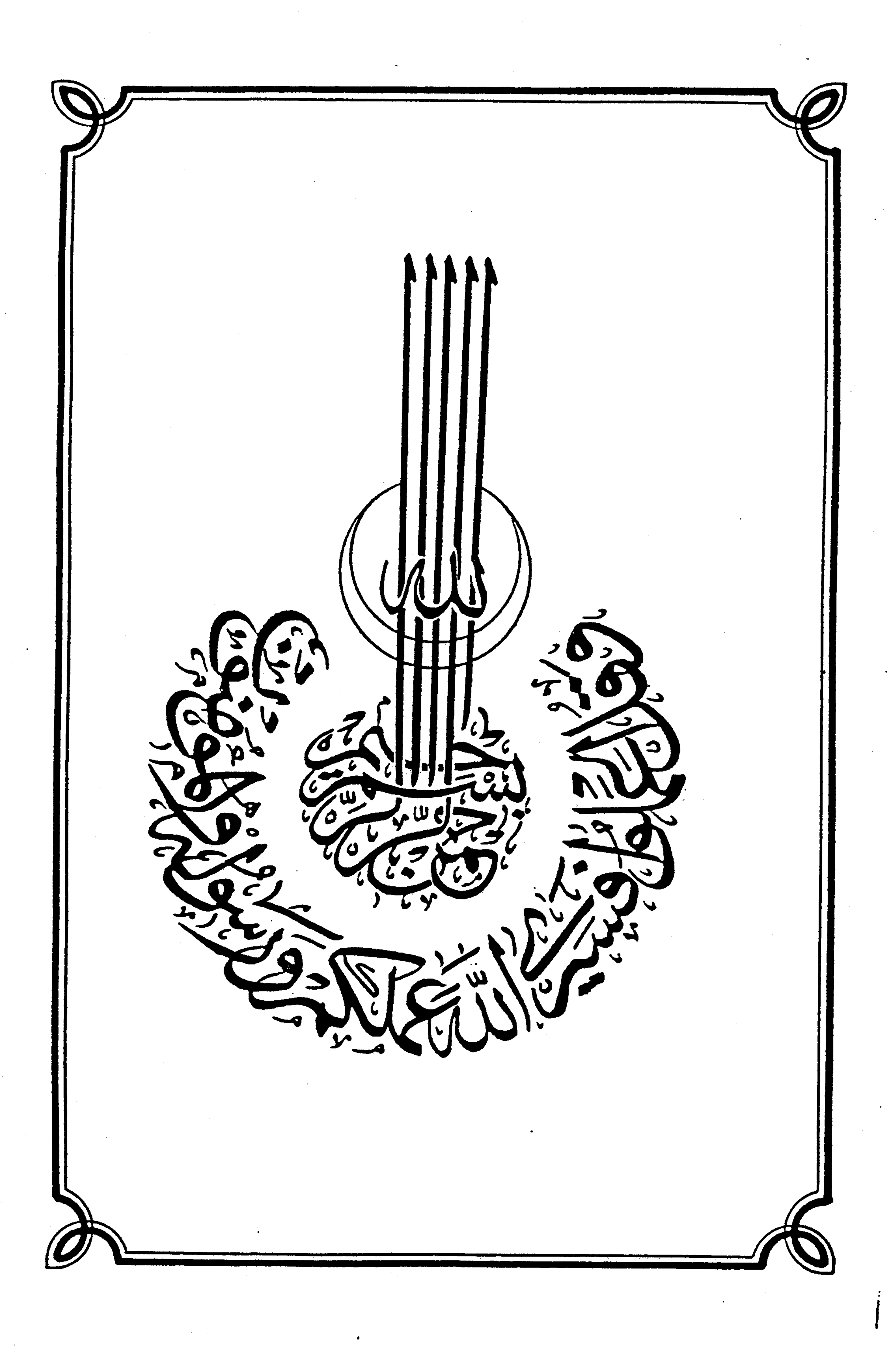
تحقيق ودراسة
حسن علي كوزكولو

رسالة مقدمة
لنيل درجة الدكتوراه
في الفقه

المشرف
فضيلة الدكتور/ أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي

الجزء الثاني

لعام ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الغصب

من

الحاوي الكبير

تأليف

أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي

المتوفى سنة (٤٥٠ هـ)

تحقيق و دراسة

حسن علي كُوركُولُو

أ/٢٤ (فصـــل)

و إذا مـرّت(١) بهيمة رجل / في سوق ، فابتلعت جوهرة (٩٤/أ ــ ب)
رجل (٢) لم يخل حال البهيمة مِن أن يكون / معها مالكها أو لا : (٢٨٥/ج)
فان لم يكن معها ، فلا ضمان عليه في الجوهرة، لأنه غير ضامن لِمَا جنته(٣) .

فلـو

= و النسائي ٢٠٦/٧ الصيد و الذبائح ــ إباحة أكل العصافير و ٢٣٩/٧ كتاب الضحايا ــ مَن قتل عصفورا بغير حقها ، و الجامع الصغير مع شرحه فيض القدير ١٩٢/٦ /٨٩١٠ .

و انظر : لحديث عمرو بن الشريد : المسند للامام أحمد ٣٨٩/٤، ، و النسائي ٢٣٩/٧ ، و موارد الظمآن ص ٢٦٣، رقم الحديث ١٠٧١ باب النهى عن الذبح لغير منفعة ؛ و انظر أيضا : نيل الأوطار ١٥٥/٨ الأطعمة والصيد والذبائح ــ باب النهى عن الرمى بالبندق وما في معناه .

---

(١) ج : امرت .
(٢) ساقط من ب .
(٣) ذكر فيه النووى وجهين بلا ترجيح . أحدهما : يفرق بين الليل والنهار كالزرع . والثاني : يضمن ليلاً و نهاراً . (انظر: الروضة ٢٠٠/١٠ــ ٢٠١ كتاب ضمان اتلاف الامام ــ ضمان ما تتلفه البهائم) .

قال المؤلف في " باب الضمان على البهائم " خلاف ما قاله هنا ، و فيما يلي نصّه :

" و إذا مـرّت بهيمة لرجل بجوهرة لآخر فابتلعتها ، فهذا على ضربين : أحدهما : أن يكون مع البهيمة صاحبها : فيضمن الجوهرة، لأن فعل بهيمته منسوب إليه ...

والضرب الثاني : أن لا يكون مع البهيمة صاحبها . فقد قال أبوعلي بن أبي هرية : لا يضمن الجوهرة إنْ كان ذلك نَهارًا ، ويضمنها إنْ كان ليلاً كالزرع. والذى أراه : أنه يضمنها ليلا ونهارا بخلاف الزرع. والفرق بينهما : أنّ رعى الزرع مألوف ، فلزم حفظه منها . وابتلاع الجوهرة غير مألوف، فلم يلزم حفظها منها .

فاذا ثبت أنه يضمنها ، فان طلب صاحب الجوهرة ذبح البهيمة ليسترجع جوهرته، لم يخلو حال البهيمة من أن تكون مأكولة أوغير مأكولة ... " .
(كتاب الحدود من الحاوى الكبير ــ كتاب قتال أهل الردة ــ باب الضمان على البهائم ــ بتحقيق إبراهيم صندقجي ، رسالة دكتوراه ، ج٤، ص ١٣٤٠) .

ذكر الشيرازى قول أبي علي بن أبي هريرة ،كما ذكر قول الماوردى بدون ترجيح (انظر: المهذب ٣٥٩/١٩ قتال أهل البغي ... باب صول الفحل) .

فلو سأله صاحب الجوهرة بيعَ البهيمة ليتوصل منها إلى أخذ الجوهرة ، أو يصيرا معا في ملكه لم يجبر المالك على البيع .

و قال أبوحنيفة : إنْ كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة أجبر صاحبها على أخذ قيمتها ، و إنْ كانت قيمة الجوهرة أقلّ لم يجبر (١) .

و هذا فاسد ، استدلالاً بقياسَيْن :

أحدهما : أَنَّ ما لا يستحق تملّكه باستهلاك الأقلّ لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر ، قياسا على كسرها إناءً أو (٢) أكلها طعامًا .

و الثاني : أَنَّ ما (٣) لا يستحق تملّكه مع تلف الشئ لم يستحق تملّكه مع بقائه ، قياسًا على ما قيمته أقلّ .

و إنْ كان (٤) صاحبها معها كان ضامنا لها ، سواء كانت البهيمة شاةً أو بعيرًا (٥) (٦) .

و قال

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٨٨ القاعدة الخامسة : الضرر يزال ، و الدر المختار للحصكفي مع حاشيته لابن عابدين ٦/١٩٢ ، و الفتاوى الهندية ٥/١٢٥ في الباب الثاني ، و درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٣٧ تحت المادة (٢٧) " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " .

و ذكر ابن عابدين في حاشيته (٦/١٩٢) : أن قيمة البهيمة والجوهرة أو اللؤلؤة إذا كانت على السواء ، أنها تباع عليهما ، و يقتسمان الثمن .

(٢) ب ، ج : و .

(٣) (ما) : صححت في أ فوق السطر .

(٤) ب : جاء .

(٥) ج : بعير .

انظر للمسألة في (المهذب ١٩/٢٥٨ ، و الروضة ١٠/٢٠٠) .

(٦) و كذلك قال المؤلف في كتابه " الحاوى " في " باب الضمان على البهائم " ، و قال في تعليله : " لأن فعل بهيمته منسوب إليه " .
(انظر : رسالة ابراهيم صندقجي السابقة ، ٤/١٣٤٠ ؛ و ر : ص ٣٢٦/أ/٢٤ (فصل) ، رقم الهامش ٣ من هذه الرسالة) .

و قال أبو علي بن أبي هريرة : إنْ كانت البهيمةُ بعيرًا ضمن، وإنْ كانت شاةً لم يضمن (١) .

و فَرَّقَ بينهما بأَنَّ العُرْفَ في البعير النفور، فلزم منعه (٢) ومراعاته (٢)، و العرف في الشاة السُّكُون، فلم يلزم منعها و مراعاتها (٣) .

و هذا خطأ (٤) . لأَنَّ سقوط مراعاة الشاة إنّما كان لأَنَّ المعهود منها (٥) السلامة، فاذا أفضت إلى غير السلامة لزم (٦) الضمان (٧) كما أبيح للرجل ضرب زوجته، و للمعلّم ضرب الصبيّ، لأَنّ عاقبته السلامة . فان أفضى الضرب بهما إلى التلف ضمنا .

فاذا ثبت أَنَّ ذلك مضمون عليه، نظر في البهيمة : فان كانت غير مأكولة / لزمه غرم القيمة لتحريم ذبحها، و تعذر الوصول إليها؛ (٩٥/أ-أ) و إنْ كانت مأكولة، فعلى(*) ما مضى من القولين (٨) :

أحدهما : تذبح عليه وتؤخذ الجوهرة من جوفها .

والثاني

---

(١) انظر: المهذب ١٩/ ٢٥٩ كتاب قتال أهل البغى ... - باب صول الفحل .

(٢) ب : من اعاقة .

(٣) قال المؤلف في "كتاب الحدود - باب الضمان على البهائم" (٤/ ١٣٤٠) في تعليل رأى أبي علي : "لأن العادة في البعير أنْ يضبط، وفي الشاة أنْ ترسل" .

(٤) و كذلك ردّ على ابن أبي هريرة الإمام الشيرازى . (انظر: المهذب ١٩/ ٢٥٩) .

(٥) ب : فيها .

(٦) ب : لزمه .

(٧) قال المؤلف في "كتاب الحدود - باب الضمان على البهائم" (٤/ ١٣٤٠) في تعليله رَدًّا على ابن أبي هريرة : " وهذا فرق فاسد لاستوائهما في ضمان الزرع و سقوطه " .

(*) ب : على .

(٨) قال النووى: فيه "وجهان" بَدَلًا من "القولين" . (الروضة ٥/ ٥٨) .
قوله (قولين) : يعني إذا خاط بالخيط المغصوب جُرْحَ حيوان مأكول اللحم كالشاة والبعير، فان خيف تلفها ففيه قولان . (ر : ٣٢٤-٣٢٥/ ٢٤-مسألة) .

(١ والثاني : لا يجوز ذبحها ، و تؤخذ منه قيمة الجوهرة ١) (٢) ٠

فعلى هذا : لو ماتت البهيمة أو ذبحها لمأكله ، فوصل إلى الجوهرة رجع بها (٣) المالك ، و ردّ ما أخذه من القيمة (٤) ، كما لو أخذ (٥) قيمة آبق ثم وجد (٦) ٠

و (٧) الفَرْقُ بين هذا وبين أنْ يأخذ قيمة ما لَهُ مِثْلٌ (٨) عند عدم المثل — ثم يجد المثل فيستقرّ ملكه على القيمة و لا يرجع بالمثل ٠ و كذا لو سافر عن عبدٍ غصبه بالبصرة ، فالتقى بمالكه (٩) بمكة ، فأخذ منه قيمة العبد بالبصرة ، (١٠ ثم قدما إلى البصرة ١٠) بعد أخذ القيمة استقرّ ملكه على القيمة و لا يرجع بالعبد — : (١١ وهو أنّ اتفاقهما ١١) على ذبح (١٢) البهيمة لأخذ ما فيها من الجوهرة حرام ، فكان أخذ القيمة ضرورة ، فاذا حصلت الجوهرة زالت الضرورة ٠ و ليس (١٣) كذلك إذا اتفقا على القُدُوم إلى البلد الذى فيه المغصوب ، والصبر على أن يأتي بمثل

ذى

---

(١) ما بين القوسين تكرر في ج ٠

(٢) انظر : الحاوى الكبير للماوردى — كتاب الحدود — باب الضمان على البهائم ١٣٤١/٤ — ١٣٤٢ ، و المهذب ١٩ / ٢٥٩ ، و فتح العزيز ٣٣٠/١١ ، والروضة ٥٨/٥ ٠

(٣) ساقطة من ج ٠٠

(٤) ذكر المؤلف في هذه المسألة في " باب الضمان على البهائم " وجهين ٠" أحدهما : يملكها صاحب البهيمة بدفع القيمة ، و لا يلزمه ردها ٠ والوجه الثاني : (المذكور هنا في كتاب الغصب) : أن الجوهرة تعاد إلى صاحبها ، و تسترجع منه قيمتها ٠ لأنّها عين ماله ٠ فان نقصت قيمتها بالابتلاع ضمن صاحب البهيمة قدر نقصها " ٠ (الحاوى السابق — كتاب الحدود — ١٣٤١/٤) ٠ و انظر : المهذب ٢٥٩/١٩ ٠

(٥) ساقطة من ج ٠

(٦) ر : ص ٢٧٧ / ب / ٢٩ (فصل) ٠

(٧) (و) : ساقطة من ب ٠ (٨) (مثل) : من ب ، و لم تثبت في أ،ج ٠

(٩) ب : مالكه ٠

(١٠) (ثم قدما الى البصرة) : ساقطة من ب ٠

(١١) (و هو أن اتفاقهما) : من ب ؛ في أ : (وان جواز اتفاقهما) ، ج : (و جواز اتفاقهما) ٠

(١٢) ساقطة من ج ٠ (١٣) ب : ليست ٠

ذى المثل : فيجوز ، و لا يحرم؛ فلم يكن فيه ضرورة يعتبر(١) زوالها في الرجوع . فصار أخذ القيمة في أربعة(٢) مواضع : يرجع في موضعين منها(٣) بالأصل عند القدرة عليه .(٤ و هما : (الجوهرة إذا حصل عليها بعد أخذ القيمة بموت البهيمة التي ابتلعتها أو بذبح صاحبها لمأكله ، و)(٥) الآبق إذا ظهر⊕ (بعد أخذ القيمة)(٦) . و لا يرجع في موضعين منها بالأصل عند القدرة عليه ٤). و هما : المثل إذا(٧) وجد بعد أخذ القيمة ، والقُدُوم (٨) إلى المغصوب الباقي بعد أخذ القيمة .

ب/٢٤ (فصـــل)

و إذا تبايعا بهيمةً و ابتلعت ثمنها ، فهذا على ضربين :

أحدهما : أَنّ يكون ذلك بعد قبض الثمن فالبيعُ صحيح ، سواء(٩) كان الثمن معينا أو(١٠) في الذمة لبراءة (١١) / المشتري (٩٥/أـب) منه بالدفع . ثم ينظر في البهيمة :

فان كانت في(١٢) يد البائع فالثمن غير مضمون ، لأَنّ ما جنته في يده(١٣) مضمون عليه والثمن ملك له وعليه تسليم البهيمة . فان قدر على الثمن بموت أو ذبح اختاره المشتري لمأكلة ردّه(١٤) على البائع .

و ان

---

(١) ب : تعين . (٢) ج : أربح .
(٣) ب : فيها .
(٤) ما بين القوسين من ب ؛ و هو ساقط من أ ، ج .
(٥) ما بين القوسين لم يثبت في جميع النسخ ، أضفتُها لإكمال المعنى ، و لِما اقتضاه السياق .
⊕ قوله (ظهر) : من ب ؛ (ظهرت) .
(٦) ما بين القوسين زدتُها لإكمال المعنى .
(٧) ساقطة من ب . (٨) ب : العدول .
(٩) (سواء) : صححت في ب فوق السطر .
(١٠) ج : (و) . (١١) (لبراءة) : من ب، ج ؛ أ : (ابراة) .
(١٢) جاء بعدها في ب : (غير) ، و هي صححت فوق السطر .
(١٣) جاء بعدها في ج : (غير) .
(١٤) (رده) : من ج ؛ و في أ ، ب : (رد) .

وإنْ كانت البهيمة في يد المشتري، فالثمن مضمون عليه للبائع . فان كانت غير مأكولة غرم مثله . وإنّ كانت مأكولة، فهل تذبح لأخذ الثمن منها أم لا ؟ على ما مضى مِن القولين (١) .

والضرب الثاني : أن تبتلع الثمن قبل قبضه، فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون في الذمة لم يتعين بالعقد، فالبيع لا يبطل . وهو باقٍ في ذمة المشتري . (٢ ثم ينظر :

فان كانت البهيمة عند ذلك في يد المشتري ٢)، فما (٣) ابتلعته غير مضمون على واحد منهما : أما البائع فلزوال يده بالتسليم، وأما المشتري فلأنه مَالُهُ، وجناية البهيمة مِن ضمانه .

وإنّ كانت في يد البائع، فهو مضمون عليه . فان كانت البهيمة مما لا تؤكل لزمه (٤) غرم مثله . فعلى هذا : يكون له الثمن، وعليه مثله فيتقاصّا به (٥) . وإنّ كانت البهيمة مأكولةً، فهل تُذَبَحُ أو (٦) لا ؟ على القولين (٧) : فان قيل : لا تُذْبَح، لزمه غرم مثل الثمن (٨)، وتقاصّاه (٩)، ولا خيار للمشتري في فسخ البيع . وإنّ قيل : تذبح، لم يجز أن يتقاصّاه (١٠)، لأن وجود عينه يمنع مِن استقراره (١١ في ذمة البائع ١١)، والعين لا تكون قِصاصًا (١٢) مِن الذمة .

فعلى

---

(١) ر : ص ٣٢٤ــ٢٤/٣٢٥ ــ مسألة، و ٣٢٨/أ/٢٤ (فصل) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج . (٣) ب : فيما .

(٤) ب، ج : لزم . (٥) ب : فبنقصانه .

(٦) ب : أو، أ، ج : أم . (٧) أي القولين المذكورين آنفا .

(٨) (غرم مثل الثمن) : ساقطة من ج، وفي ب : (لزم غرم مثله) .

(٩) ب : يتقاصاه . (١٠) أ : يتقاصا .

(١١) (في ذمة البائع) : ساقطة من ج .

(١٢) قوله (قصاصا) : قال الفيومي : " من باب قاتل، إذا كان لك عليه دَيْنٌ مثلُ مَالَهُ عليك، فجعلتَ الدَّينَ في مقابلة الدَّين، مأخوذ من اقتصاص الأَثَر، ثم غَلَبَ استعمالُ (القِصاص) في قتل القاتل وجرح الجارح وقطع القاطع " .

(المصباح ٥٠٥/٢، مادة " قصص ") .

فعلى هذا : يستحق المشتري الخيار في فسخ البيع، لأنّ ذبح البهيمة قد استحق في يدالبائع ٠ وذلك عيب حادث و هو مضمون عليه، فلأجله ما استحق المشتري (١) / خيارًا به ، و إنّ كان هو (٩٦/أ_أ) المستحق لِمَا أوجب العين ٠

والضرب الثاني:أنّ يكون الثمنُ مُعَيّنًا ، فهذا على ضربين :

أحد هما : أن تكون البهيمةُ غيرَ مأكولة فالبيعُ باطل ، لأنّ تلف الثمن المعين قبل قبضه مُبطِل للبيع ٠ و هو متعذر (٢) القدرة عليه (٣) كالتالف ٠

ثم ينظر: فان كانت البهيمةُ في يد المشتري ، فهو تالف مِنْ ماله ، والبائعُ غير ضامِنٍ له (٤) ، وعلى المشتري ردّ البهيمة على البائع٠ فان (٥) قدر على الثمن بموتها ردّ على المشتري ٠ وإنْ كانت البهيمةُ في يد البائع، فالثمن مضمون عليه و يغرم / مثله ٠ (٢٨٦/ج)

والضرب الثاني (٦) : أن تكون البهيمة مأكولة، ففي بطلان البيع قولان بناءً على اختلاف قَوْليْه في ذبحها فيما ابتلعته (٧) :

فان قيل : لا تذبح ، فالبيعُ باطل لتلف الثمن المعيّن فيه، ويكون الضمان على ما ذكرنا مِن أنها إنْ كانت في يد المشتري فلا ضمان،وإنْ كانت في يد البائع فعليه الضمان ٠

و إنْ قيل : تذبح ، فالبيعُ باطل (٨) ، لأنّ الثمن المعيّن غير (٩) مقدور عليه ٠

ثم

---

(١) ساقطة من ب ٠
(٢) ب : يتعذر ٠
(٣) ساقطة من ج ٠
(٤) ساقطة من ج ٠
(٥) ب : و ان ٠
(٦) جاء بعده في ج : (و هو) ٠
(٧) ر : ص ٣٢٨/ب/٢٤ (فصل) ٠
(٨) ب : لا يبطل ٠
(٩) ساقطة من ب ، ج ٠

ثم ينظر : فان كانت البهيمة في يد المشتري ذُبِحَت و دفع الثمن إلى البائع ، و لا خيار للمشتري في فسخ البيع ، لأنه عيب حدث في يده. و إنْ (١) كانت في يد البائع ذُبحت و كان للمشتري الخيار في فسخ البيع بحدوث (٢ العيب في ٢) يد (٣) البائع ، فان كفّ البائع عن ذبحها لم يسقط خيار المشتري ، لأنه لو طالب به (٤) من بعد لا يستحقه . و لو أبرأ المشتري منه لم يجز ، لأنّ البراءة من الأعيان لا تصح . و لو (٥) وهبه لم يجز ، لأنها هبة لم يقبض /(٩٦/أ ـ ب) و خيار المشتري في الأحوال كلها على حاله .

ج/ ٢٤ (فصل)

و إذا مرّت بهيمة رجل بِقِدْر بَاقِلّاني (٦) ، فأدخلت رأسَها فيه ، فلم يخرج إلّا بكسر القِدْر ، أو ذبح البهيمة ؛ فلا يَخْلُو حالُهما من أربعة أقسام :

أحدها : أنْ يكون صاحب القِدّر متعدّيًا في وضعها (*) في غير حَقّ ، وصاحب البهيمة غير متعدٍّ : فالواجب (٧) كسر القِدْر لتخليص البهيمة و يكون كسرها هَدَرًا لتعدّيه بها (٨) .

و القسم

---

(١) ب : فان .
(٢) (العيب في) : صححت في ج على الهامش .
(٣) ساقطة من ج .
(٤) (به) : من ب ؛ ولم تثبت في أ ، ج .
(٥) ج : فلو .
(٦) قوله (قِدْر بَاقِلّائي) : أي قِدّر فُول . (انظر : المغرب ص ٤٨ ، و اللسان ١١ /٦٢ ، مادة " بقل ") .

(*) ب : بوضعها .
(٧) ب : فالراكب .
(٨) انظر : الحاوى ـ كتاب الحدود ـ باب الضمان على البهائم ، بتحقيق ابراهيم صندقجي ٤ /١٣٤٣ ، و فتح العزيز ١١ /٣٣٠ ، والروضة ٥ /٥٧ .

والقسم الثاني : أن يكون صاحب البهيمة متعدّيًا لإدخالها في غير حق ، وصاحب القِدْر غير متعدٍّ : فيكون تخليص البهيمة مضمونًا (١) على صاحبها لتعدّيه بها (٢) . فإنّ كانت (٣) مما لا (٤) تُؤْكَل كسرت القدر ، لأن لِنَفْس البهيمة حُرْمَةً في / حراستها . ثم كَسْر القِدر مضمون على صاحبها (٥) (٥٦/ب) وإنْ كانت مما تؤكل ، فعلى قولين (٦) بناءً على جواز ذبحها في تخليص ما جنته (٧) :

أحدهما : تذبح وتخرج رأسها من القدر ولا يجوز كسرها .

والقول الثاني : لا يجوز ذبحها ، وتكسر القدر لتخليص رأسها ، ثم يضمن أرش كسرها .

والقسم الثالث : أن يكون كُلّ واحد منهما غيرَ متعدٍّ ، فالتخليص مضمون على صاحب البهيمة ، لا بتعدّى ، لأنه لم يكن متعدّيًا . ولكن (٨) لأنه (٩) استصلاح ملكه به ، فضمن مؤنة استصلاحه (١٠) .

فان

---

(١) (مضمونا) : ساقطة من ب .

(٢) انظر : الحاوى ـ كتاب الحدود ـ باب الضمان على البهائم ١٣٤٣/٤ ، و فتح العزيز ٣٣٠/١١ ، والروضة ٥٧/٥ .

(٣) ب : كان .

(٤) ساقطة من ب .

(٥) انظر : المصادر المذكورة تحت رقم (٢) .

(٦) قال المؤلف في "باب الضمان على البهائم" من الحاوى : "وجهان" بَدَلاً مِن "قولين" ، ولم يرجح . (١٣٤٣/٤) .

(٧) ر : ٣٢٨/ب/٢٤ (فصل) .

(٨) ب : لكن .

(٩) ب ، ج : يريد .

(١٠) جاء هذا القسم الثالث مطابقا على "الضرب الثالث" الذى ذكره المؤلف في "باب الضمان على البهائم" ضمن "القسم الرابع" مِن أقسام حال صاحب البهيمة والاناء . وفيما يلي نصّه :

" والقسم الرابع: أن يكون كل واحد منهما غير متعدٍّ ، فهذا على أربعة أضرب :

أحدها : أن يعلم صاحب الإناء بالبهيمة ، ولا يعلم صاحب البهيمة بالإناء ، فيختص الحفظ بصاحب الإناء ويكون إناؤه هَدَرًا كالقسم الأول . =



فان لم تكن البهيمة مأكولة(١) ، كُسرت القدرُ و ضمن كسرها • و إن كانت مأكولة ، فعلى قولين :

أحدهما : تذبح البهيمة و لا / تكسر القدر • (٩٧/أ-أ)

والثاني : تكسر القدر و يضمن الكسر •

والقسم الرابع : أن يكون كُلُّ واحدٍ منهما متعدّيًا ، فالتخليص مضمون عليهما لاشتراكهما في التعدّى(٢) كالمتصادمَين(٣) •

فان

= والضرب الثاني : أن يعلم صاحب البهيمة بالإناء ، و لا يعلم صاحب الإناء بالبهيمة ، فيختصّ الحفظ بصاحب البهيمة ، ويكون الإناء مضمونًا كالقسم الثاني •
والضرب الثالث : أن يعلم كل واحد منهما بذلك ، فيصير الحفظ عليهما ، ويكون الضمان بصاحب البهيمة أخصّ لزيادة فعلها كالقسم الثالث • (والقسم الثالث هو : أن يكون كُلّ واحد منهما متعدّيًا ، فيكون الضمان بصاحب البهيمة أخصّ ••• جاء هذا القسم في كتاب الغصب بعنوان : " القسم الرابع " و مخالفًا لِما ورد في " باب الضمان على البهائم " • ر :القسم الرابع في هذه الصفحة ،رقم الهامش ٣) •
و الضرب الرابع : أن يكون كُلّ واحدٍ منهما غيرَ عالم بالآخر،ففي ضمان الإناء وجهان بناءً على اختلاف الوجهين في ضمان البهيمة إذا وقفت في فناء داره فأتلفت •
أحد الوجهين : أنَّ الإناء غير مضمون على صاحب البهيمة ، فيكون كالقسم الأول في كسره لخلاص البهيمة • والوجه الثاني : أن يكون مضمونًا على صاحب البهيمة ، فيكون كالقسم الثاني في اعتبار حال البهيمة •
فان كانت غيرَ المأكولة: لم تذبح ،و كسر الإناء لخلاصها و ضمن . وإن كانت مأكولة : ففي ذبحها وجهان بناءً على ما مضى " • (الحاوى - الحدود - باب الضمان على البهائم ، ٤/١٣٤٣-١٣٤٤) •

---

(١) ساقطة من ج •
(٢) ج : بالتعدى •
(٣) قال المؤلف في " باب الضمان على البهائم " (٤/١٣٤٣) خلاف ذلك ، حيث قال :
" والقسم الثالث : أن يكون كل واحد منهما متعدّيًا ، فيكون الضمان بصاحب البهيمة أخصّ ، لأنّ لها اختصاصًا بزيادة التعدّى ،فتكون كما لو تعدّى صاحب البهيمة و لم يتعدّ صاحب الإناء " •
قد ذكر الشربيني أنّ الماوردى قال بذلك بدون عزو إلى أىّ كتاب له ،بل عزاه إلى اسمه فقط • (انظر: مغني المحتاج ٢/٢٩٥-٢٩٦) •
قوله (كالمتصادمين) : انظرأحكام الاصطدام في(الروضة ٩/٣٣١ وما بعدها ، كتاب الديات) •

فان كانت البهيمة غير مأكولة، كسرت القدر و ضمن صاحب البهيمة نصف (١) الكسر ،و كان النصف الباقي هَدَرًا • و إنْ كانت مأكولة ، فان قيل: لا يجوز ذبحها كسرت القدر،وضمن صاحب البهيمة (٢ نصفها • و إنّ قيل: يجوز ذبحها، فتنازعا :

فقال (٣) صاحب البهيمة ٢) : تكسر القدر ، (٤ لا أضمن ٤) نصف كسرها؛ وقال صاحب القدر: بل تذبح البهيمة،(٥ لا أضمن ٥) نصف النقص في ذبحها، نظر البادئ (٦) منهما بطلب التخليص (٧)، فجعل ذلك في جهته (٨) :

فان بدأ به صاحب البهيمة أجبر على ذبحها و رجع بنصف نقصها، وإنْ بدأ به صاحب القدر أجبر على كسرها و رجع بنصف نقصها •

فان كانا مُمْسِكَيْنِ عن النزاع حتى تطاول بهما الزمان (٩) أجبر صاحب البهيمة على ذلك، لأنّ عليه خلاصَ بهيمته ، لأنها نفس يحرم (١٠) تعديتها ،و ليس على صاحب القدر خلاص قدره ، إلاّ إنْ شاء

و لو (١١) كانت البهيمة لا يوصل إلى مَنْحَرِها لدخوله في القدر ، فلا يكون عقرها ذكاة لها، لأنه (١٢) قد يوصل إلى منحرها بكسر

---

(١) ب : بقدر •
(٢) ما بين القوسين من ب ، ج ؛ و لم يثبت في أ •
(٣) ج : و قال •
(٤، ٥) (لا أضمن) : في جميع النسخ : (لا ضمن)، قمت بتصحيحها لما اقتضاه السياق •
(٦) (البادئ) : غير واضحة في ب •
(٧) جاء بعده في ب : (في مثل ذلك) •
(٨) ب :(حقه)، ج : (خيلته)•
(٩) ب : الضمان •
(١٠) ب : محترم •
(١١) ب : و ان •
(١٢) ب : لأنها •

بكسر القدر . و إذا كان كذلك وجب كسر القدر، لأن عقر البهيمة لغير(١) الذكاة حرام، ثم يضمن صاحب البهيمة نصف الكسر .

و هكذا القول في فَصِيلٍ(٢) دخل دارًا ، فكبر فيها حتى لم يقدر على الخروج مِنْ بابها ، إلاّ بهدمه(٣) ، أو أُتْرُجَةٍ(٤) مِنْ شجرة دخلت في إناء كبرت فيه ، / فلم تخرج ، إلاّ بكسره(٥) . (٩٧/أ-ب)

مسألة

---

(١) ب : بغير .

(٢) ب : فيل .

(٣) انظر: المهذب ١٤/٢٦٨ ، ومغني المحتاج ٢/٢٩٥ .

قد نقل فيه الشربيني عن الماوردي، فقال : " فان كان الوقوع بتفريطهما (يعني تفريط صاحب الفصيل و صاحب الدار) فالوجه كما قال الماوردي: أنه إنّما يغرم النصف لاشتراكهما في التفريط كالمتصادمين ". (مغني المحتاج السابق) . ولم يعز الشربيني قول الماوردي إلى أيّ كتاب له، وإنّما عزاه إلى اسمه فقط .

(٤) قوله (أُتْرُجَة) : فاكهة معروفة ، و هي كالليمون الكبار، ذهبي اللون ، ذَكِيّ الرائحة، حامض الماء ، و شجرتها كشجرة الليمون .

انظر: اللسان ٢/٢١٨، و المصباح ١/٧٣ مادة (" ترج " ؛ والمعجم الوسيط ١/٤ ، مادة " الأترجة " .

(٥) جاء بعدها في ب ، ج : (و الله أعلم) .

٢٥ ـ مسـألـة

قال الشافعي رحمه الله (١) : ولو غصب طعاما، فأطعمه مَنْ أكَلَهُ، ثم استحق كان للمستحق أخذ الغاصب به. فان (٢) غرمه فلا شئ للواهب على الموهوب له . و إنْ شاء أخذ الموهوب له؛ فان غرمه، فقد قيل : يرجع (به) (٣) على الغاصب، و قيل : لا يرجع به (٤) .

قال المزني : أشبه بقوله (٥) إنّ هبةَ الغاصب لا معنى لها، و قد أتلف الموهوب له ما ليس له و لا للواهب، فعليه غرمه، و لا يرجع به . فان (٦) غرمه الغاصب يرجع (٧) به (٨) عليه. و هذا (٩) عندى أشبه بأصله (١٠) .

اعلم (١١) أنّ (١٢) هذه المسألة تشتمل (١٣) على قسمين يتضمن كل واحد (١٤) منهما (١٥) ثلاثة فصول :

فأما

---

(١) ب : رضى الله عنه، ج : رحمه الله عليه .
(٢) ب : و ان .
(٣) (به) : زيادة من مختصر المزني .
(٤) انظر : المختصر ١١٨/٨ .
(٥) ب : لقوله .
(٦) ب : و ان .
(٧) ب ، المختصر : رجع .
(٨) (به) : صححت في ب فوق السطر .
(٩) ج : (وهو)، ولم تثبت (و) في المختصر .
(١٠) انظر : المختصر ١١٨/٨ .
(١١) ب : و اعلم .
(١٢) ب : فان .
(١٣) (تشتمل) : مكررة في ج .
(١٤) ب : قسم .
(١٥) ب : منهما .

فأما القسم الأول[1] ـ و هو المسطور هنا (٢) ، فَمُصَوَّرٌ فيمن غصب طعاما فَأَطْعَمَهُ غَيْرَهُ ـ : ففيه ثلاثة فصول :

أحدها : أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له ٠ والثاني : أن يأذن له في أكله ، فيأكله مِنْ غير هبة ٠ والثالث : أن يطعمه عبدَ غيره أو بهيمتَهُ (٣) ٠

فأما (٤) الفصل الأول من الفصول الثلاثة (٥) ـ و (٦) هو أن يهبه لرجل فيأكله (٧) الموهوب له ـ : فربّ الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الغاصب لتعدّيه بأخذه ، و بين أن يرجع (٨) على الموهوب له (٩ لاستهلاكه بيده ٠

فان رجع به على الموهوب له ٩) ، فأغرمه (١٠) إيّاه ؛ لم يَخْلُ حاله مِن أن يكون قد علم بأنه مغصوب أو لم يعلم :

فان علم بأنه (١١) مغصوب لم يرجع بغرمه / على الغاصب، (٩٨/أ ـ أ) لأنه قد صار بعلمه (١٢) كالغاصب ٠ و إن[13] لم يعلم / بأنه مغصوب، (٢٨٧/ج) ففي رجوعه على الغاصب بما يغرمه قولان :

أحدهما : أنه يرجع به على الغاصب ، لأنه غارّ (١٤) له في ايجاب الغرم ٠

و القول

---

(١) ب : فالقسم ٠
(٢) (هنا) : من ب ؛ و في أ ، ج : (منها) ٠
(٣) ب : بهيمة ٠
(٤) ب : أما ٠
(٥) ب : المذكورة ٠
(٦) (و) : ساقطة من ب ٠
(٧) ج : فأكله ٠
(٨) جاء بعده في ج : (به) ٠
(٩) ما بين القوسين ساقط من ب ٠
(١٠) ب : فيغرمه ٠
(١١) ب : أنه ٠
(١٢) ج : بعمله ٠
(١٣) ب : و اذا ٠
(١٤) (غار) : من ب ؛ و في أ ، ج : (غارا) ٠

والقول الثاني : أنه (١) لا يرجع بـه (٢) على الغاصب (٣) لبطلان هبتـه ، فصـار كاسـتهلاكـه إيّاه مِن غير هـبـة ٠

و إذا رجع المالك بغرمه على الغاصب الواهب : فان كان الموهوب له عـالِماً بأنـه مغصوب ،رجع الغاصب عليه بما غـرم ؛ و إن لم يعلم بأنـه مغصوب، (٤ ففي رجوعـه ٤) بالغرم / على الموهوب له قولان : (٥٧/ب)

أحدهما : لا يرجع بـه ، لأنه غـارّ ٠ (٥ و هذا على القول الذى يقول : إنّ الموهوب له يرجع على الغاصب الغارّ ٠

والقول الثاني : أنه (٦) يرجع على الموهوب له بالغرم (٧) ، لأنه متلف ٥) ٠ وهذا على (٨) القول الذى يقول : إنّ الموهوب له لا يرجع ،لأنه المتلف ٠

فلو اختلف الغاصب والموهوب له في علمه بكون الطعام مغصوبًا (٩) : فادّعى الغاصبُ عِلْمَـه (١٠) ليكونَ مضمونـًا عليه، وأنكر الموهوبُ له العلمَ، نـظـر :

فان قال (١١) الغاصبُ عند الهبـة : أعْلَمتُكَ أنَّهُ (١٢) مغصوب (١٣) ، فالقولُ قولُ الغاصب ؛ وإنْ قال : عَلِمْتَ مِن غيري، فالقولُ قولُ الموهوب (١٤) لَهُ ٠

و الفـرق

---

(١) ساقطة من ب ٠

(٢) ساقطة من ج ٠

(٣) و هو الأصح من القولين على ما ذكره الرافعي ٠ وقال عنـه النووى : وهو الأظـهـر ٠ (انـظر : فتح العزيز ١١ /٢٥٤ ،والروضة ٥ /٩) ٠

(٤) ب : فلا رجوع ٠

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج ٠

(٦) ساقطة من ب ٠

(٧) و هو الأصح من القولين على ما ذكره الرافعي ٠ وقال عنه النووى : و هو الأظهر ٠ (انظر: فتح العزيز ١١ /٢٥٤ ،والروضة ٥ /١٠) ٠

(٨) ساقطة من ج ٠

(٩) (مغصوبا) : من ب ؛ و في أ، ج : (مضونا) ٠

(١٠) ب : عليـه ٠ (١١) جاء بعده في ب : (له) ٠

(١٢) ج : له ٠

(١٣) (مغصوب) : من ب ؛ و في أ، ج : (مضمون) ٠

(١٤) ج : المغصوب ٠

والفرق بينهما: أنه إذا ادّعى إعلامه بنفسه، فقد أنكر عقد الهبة على الصحة فَقُبِلَ قوله، وليس كادّعائه علمَه.

وأما الفصل (١) الثاني - وهو أن يأذن له في أكله، فيأكله من غير هبة و إقباض - / : (٩٨/أ-ب)

فإن علم (٢) الآكل بأنه مغصوب (٣)، فهو مضمون عليه، و رَبُّه بالخيار بين أَنْ يرجعَ به على الآكل فيُغَرِّمَه، و لا يرجع الآكل به على الغاصب؛ و بين أن يرجع به على الغاصب فيُغَرِّمه، (٤) و يرجع الغاصب به على الآكل (٤) (٥).

و إنْ لم يعلم بأنه مغصوب، فربّه أيضًا بالخيار في إغرام أيّهما شاء. فإن أغرمَ الآكلَ، فقد اختلف أصحابنا:

فذهب البغداديون إلى أنّ في رجوعه بالغرم على الغاصب قولين (٦)، كما لو استهلكه عن هبة (٧). و ذهب البصريون إلى أنه يرجع به قولًا واحدًا.

والفرق بين الآكل والموهوب له (٨): أنّ استهلاك الآكل بإذن الغاصب، فَيَرجِعَ عليه؛ و استهلاك الموهوب له بغير (٩) إذن الغاصب، فلم يرجع عليه.

فإن

---

(١) ج : القسم.

(٢) ج : علمه.

(٣) ج : المغصوب.

(٤) ج : (ويرجع الآكل به على الغاصب).

(٥) انظر: الروضة ٥/١٠، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٢٨٠.

(٦) ب : قولان.

(٧) و الأظهر منهما أنّ الآكلَ لا يرجع به على الغاصب، و على القول الآخر بالعكس. (انظر: فتح العزيز ١١/٢٥٤، والروضة ٥/١٠).

(٨) ساقطة من ب.

(٩) ج : بعد.

فان (١) أَغْـرَمَ المالكُ الغاصبَ (٢)، فعلى مذهب البغداديـين يكون رُجُوعُـه بالغرم على الآكل على قولين (٣)، و (٤) على مذهب البصـريـين لا يرجـع بـه قولًا واحدًا ٠

و أما الفصل الثالث ـ و هو أَنْ يُطعِمَـهُ بهيمةً لرجل أو عَبْدَهُ ـ : فهذا عـلـى ضـربـين :

أحدهما : أَنَّ (٥) يكون ذلك بغير أمر مالك البهيمة و العبد ٠ فهو مضمون على الغاصب وحده، يرجع به المالك على الغاصب (٦)، و لا يرجع به (٧) على (٨) مالك البهيمة والعبد ٠ فان اعْتَرَّ بـه (٩) الغاصبُ فلا شئ لـه في رقبة البهيمة والعبد، ولا على مالكهما (١٠)، لأنّ المُتْلِفَ هوالـغـاصب دونـهـما (١١) (١٢) ٠

الضرب

(١) ب : وان ٠
(٢) ساقطة من ب ٠
(٣) قوله (قولين) : أحدهما : يرجع على الآكل ٠ والثاني : لا يرجع عليه ٠ (انظر: الروضة ٥/ ١٠) ٠
(٤) (و) : صححت في ب فوق السطر ٠

(٥) ساقطة من ج ٠
(٦) (على الغاصب) : ساقطة من ب ٠
(٧) جاء بعدها في ج : (الغاصب ٠
(٨) (على) : صححت في ب فوق السطر ٠
(٩) قوله (اعتـرّ بـه) : تَعَرَّضَ لمعروفه مِن غير مسألة ٠ (انظر : المصباح ٢/ ٤٠١ ، و المعجم الوسيط ٢/ ٥٩٨ ؛ مادة " عـرر ") ٠
(١٠) ب : مالكيهما ٠
(١١) (دونهما) : غير واضحة في ب ٠

(١٢) انظر: الروضة ٥/ ١٠ ، و مغني المحتاج ٢/ ٢٨٠ ،ونهايـة المحتاج ٥/ ١٥٧ ٠

(الضرب الثاني)(١) : و إنْ كان إطعامهما ذلك بأمر مالكها ، نظر :

فان(٢) علم عند أمره بأنه مغصوب ،فهو مضمون عليه • و مالك الطعام بالخيار / بين أن يرجع به على الآمر ـ فَيُغَرِّمه ،و لا يرجع به الآمر على الغاصب ـ (٩٩/أ-١٠٤) و بين أن يرجع به على (٣) الغاصب فَيُغَرِّمُهُ ، و يرجع به (٤ الغاصب على الآمر ٤) •

و إنْ لم يعلم الآمِرُ بأنّه مغصوب ، نظر :

فان سَلَّمَهُ إليه حتى (٥) تَولّى هو إطعامَ البهيمة والعبد ، ذلك كان في حكم الموهوب له(٦) ؛ و إنْ لم يسلّمه إليه كان في حكم الآكل (٧) •

و هذا أحد القسمين •

أ/٢٥ (فصل)

و أما القسم الثاني (٨) : فَمُصَوَّرٌ في هذه الفُصُول الثلاثة إذا كانت في ربّ الطعام •

فالفصل الأول : إذا وهب الغاصب الطعامَ لمالكه (٩) ، فأكله • فان علم عند الأكل (١٠) أنه (١١) طعامه لم يرجع بغرمه على الغاصب (١٢) •

و إنْ لم يعلم به ، فعلى قولين :

أحدهما

---

(١) ما بين القوسين زيادة ، وضعتُها لما اقتضاه السياق •

(٢) جاء بعدها في ب : (كان) •

(٣) ساقطة من ب •

(٤) ج : (الآمر على الغاصب) •

(٥) (حتى) : صححت في أ على الهامش •

(٦) ر : ص ٣٣٩ من هذه الرسالة •

(٧) ر : ص ٣٤١ " •

(٨) (الثاني) : من ج ؛ و في أ ، ب : (الثالث) •

(٩) ج : مالكه •

(١٠) ب : أكله • (١١) ساقطة من ج •

(١٢) انظر : الأم ٣/٢٥٥ ، والمنهاج و شرحه مغني المحتاج ٢/٢٨٠ ، و تحفة المحتاج ٦/١٥ ، ونهاية المحتاج ٥/١٥٧ •

أحدهما : يرجع به (١) إذا قيل : إنَ الأجنبيّ (٢) الموهوبَ له إذا غرمه رجع (٣) .

و القول الثاني : لا يرجع به إذا قيل : إنّ الأجنبيّ (٤) بعد الغرم لا يرجع (٥) (٦) .

والفصل الثاني : أن يأذن الغاصب لِرَبّ الطعام في أكله (٧) .

فان (٨) علم به (٩) حين أكله لم يرجع بغرمه ، وإنْ لم يعلم به فعلى قول البغداديين يكون رجوعه على قولين (١٠) ، و على قول البصريين يرجع به قولاً واحداً على حسب اختلافهم في الأكل الأجنبيّ (١١) .

و الفصل الثالث : أَنْ يُطعِمَهُ عَبْدَ ربّ الطعام أو بهيمته .

فان كان عن غير أمره رجع عليه بغرمه ، وإنْ كان بأمره : فان علم لم (١٢) يرجع ، و إنْ لم يعلم (١٣) : فان دفعه (١٤) إليه كان رجوعه على قولين

---

(١) وهو كذلك في " الأم " (٢٥٥/٣) ، و كان الغاصب متطوعا بالإطعام ، و كان عليه ضمان الطعام .

(٢) ب : للأجنبى .

(٣) ر : ص ٣٣٩ / ٢٥ ـ مسألة .

(٤) ب : للأجنبى .

(٥) ر : ص ٢٥/٣٤٠ ـ مسألة .

(٦) انظر : الروضة ١١/٥ .

قال الربيع في " الأم " (٢٥٥/٣) : " و فيه قول آخر : أنه (أى المالك) إذا أكله عالما أو غير عالم فقد و صل إليه شيئه ، و لا شيء على الغاصب إلاّ أن يكون نقص عمله فيه شيئا فيرجع بما نقصه العمل " .

(٧) ب : بأكله .

(٨) (فان) : غير واضحة في ب .

(٩) (فان علم به) : مكررة في ج .

(١٠) ر : ص ٢٥/٣٤١ ـ مسألة .

(١١) ب : للأجنبيّ . (ر : ص ٣٤١ /٢٥ ـ مسألة .

(١٢) (لم) : صححت في ب فوق السطر ، وهي ساقطة من ج .

(١٣) جاء بعدها في ب : (رجع) ، وهي صححت فوق السطر .

(١٤) ج : ذوقه .

قولين، كما لو(١) وهبه له(٢) (٣)؛ و إن لم يدفعه إليه كان على اختلاف المذهبين، كما لو / أَطْعَمَهُ إياه(٤) ·

و أما المزني: فانه اختار مِن القولين في الموهوب له ــ إذا (٥) غرم(٦) ــ أن لا يرجع بالغرم على الغاصب، و يرجع الغاصب ــ إذا غرم ــ على الموهوب له (٧) ·

استدلالاً بما ذكرناه توجيهًا له · وهو لَعَمْرِي أظهر القولين(٨) · و لِمَنْ اختار الآخَرَ أن (٩) ينفصل عنه / بما ذكرناه توجيهًا (٥٨/ب) له مِن الغُرور ·

ب/٢٥ (فصل)

و لو أنّ غاصب الطعام باعه على مالكه المغصوب منه، و هو يعلم (١٠) به(١١) أو لا يعلم؛ فتلف في يده بعد قبضه(١٢) باتلافه أو بغير إتلافه: فهو برئ من ثمنه، و الغاصب برئ من ضمانه قولاً واحدًا، لأن قبضه بالابتياع من حين(١٣) الضمان بخلاف الهبة (١٤) ·

و هكذا

---

(١) ساقطة من ب ·
(٢) ساقطة من ب ·
(٣) ر : ص ٣٣٩ـ٣٤٠/أ/٢٥ (فصل) ·
(٤) ر : ص ٣٤٣ـ٣٤٤/أ(/٢٥ (فصل) ·
(٥) ج : ان ·
(٦) ج : اغرم ·
(٧) ر : ص ٢٥/٣٣٨ ــ مسألة ·
(٨) قال النووي في "الروضة" (١٠/٥): " و ان ضمن الغاصب، فالمذهب: أنه لا يرجع قطعا، لأنه معترف بأنه مظلوم، فلا يرجع على غير ظالمه · و قال المزني: يرجع عليه، و غلّطه الأصحاب " ·
(٩) (أن): تكررت في ج ·
(١٠) (يعلم): من ب، ج؛ و في أ: (لا يعلم) ·
(١١) ساقطة من ج ·
(١٢) جاء بعدها في ج: (لا بالابتياع من حين الضمان بخلاف الهبة الى) ·
(١٣) قوله (حين): هكذا في جميع النسخ ·
(١٤) انظر: الروضة ١١/٥، و مغني المحتاج ٢٨٠/٢، و نهاية المحتاج ١٥٧/٥ ·

و هكذا: لو غصبه المالك من الغاصب / — و هو لا يعلم أنه (٢٨٨/ج) طعامه — برئ منه الغاصب، لما عللنا (١) به (٢) في الابتياع، لأن الغصب (٣) موجب للضمان (٤) .

ج/٢٥ (فصل)

فأما إنْ أَوْدَعَهُ الغاصبُ عند مالكه، أو رَهَنَهُ إيّاه، أو كان مما يُسْتَأْجَر فأجّره؛ و قبضه منه بالوديعة، أو بالرهن، أو بالإجارة؛ ثم تلف عنده، نظر:

فان علم بعد قبضه أنه ماله برئ الغاصب من ضمانه؛ وإنْ لم يعلم، نظر (٥) :

فان كان تلفه على وجه يُوجِبُ الضمانَ على المُودَع، والمرتهن، و(٦) المستأجر برئ الغاصب مِن ضمانه، لكونه مضمونا عليه؛ وإن كان تلفه على وجه لا يُوجِبُ الضمانَ في هذه الأحوال، ففي براءة الغاصب منه وجهان:

أحدهما: يبرأ منه لعوده إلى يد مالكه .

والوجه الثاني: لا يبرأ منه، / لأنَّ خُرُوجَهُ من يده إمّا نيابة (٧) (١٠٠/أ—أ) عنه أو (٨) أمانة منه؛ فلم تزل يده، فكان على ضمانه .

فلو أنَّ الغاصبَ خَلَطَهُ بمال المالك، فتلف، والمالكُ لا يعلم به: فان لم يكن المالُ في يد المالك، فالضمان باقٍ على الغاصب. وإنْ كان في يده: فان تلف باستهلاك المالك برئ منه الغاصب، وإن تلف بعد استهلاكه كان ففي براءته منه وجهان .

مسألة

---

(١) ج : عللناه . (٢) ساقطة من ج .
(٣) جاء بعدها في ج : (في الابتياع) .
(٤) انظر : الروضة ١١/٥ .
(٥) قال النووي — عند جهل المالك بأنه ماله: لم يبرأ الغاصب من الضمان على المذهب . وقيل: بالقولين . (انظر: الروضة ١١/٥ ، وانظر أيضا: مغني المحتاج ٢/٢٨٠ ، ونهاية المحتاج ١٥٧/٥) .
(٦) (و): من ب ؛ ساقطة من أ، ج .
(٧) ب : بشابة . (٨) ج : (و) .

٢٦ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله (١) : ولو حَلَّ دابَّةً أو فَتَحَ قفصًا عن طائرٍ فوقَفَا، ثم ذَهَبَا لم يضمن ، لأنهما أَحْدَثَا الذّهابَ (٢) .

وصورتها في رجل حلّ دابة مربوطة، أو فتح قفصا عن طائر محبوس، فشردت الدابة وطار الطائر، فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون شُرُودُ الدابة وطَيَرَانُ الطائر بتهييجه وتنفيره، فعليه الضمان إجماعًا (٣) .

وإنّما لزمه الضمان - وإنْ كان الحلّ سببًا والطيران مباشرةً - ، لأنه قد ألجأه بالتهييج والتنفير إلى الطيران . وإذا انضمّ إلى السبب إلجاءٌ تعلّق الحكمُ بالمسبِّب (٤) الملجئ وسَقَطَ حكمُ الفاعل، كالشاهدَيْن على رجلٍ بالقتل : إذا اقتصّ منه الحاكم (٥ بشهادتهما، ثم رَجَعَا، تَعَلَّقَ الضمانُ عليهما (٦) دون الحاكم ٥) ، لأنهما ألجآه بالشهادة، فسقط حكم المباشرة (٧) .

والضرب

---

(١) ب : رضى الله عنه .

(٢) انظر : المختصر ١١٨/٨ .

(٣) انظر : رد المحتار المعروف بحاشية ابن عابدين ٢١٢/٦ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٤٦/٢ـ٥٤٧ تحت شرح المادة (٩٢٢) ، وبداية المجتهد ٢٣٧/٢ ، والقوانين الفقهية ص٣٣٧ ، والشرح الصغير ٨٧/٤ـ٨٨ ، والمهذب ١٨٥/١٤ ، وفتح العزيز ٢٤٥/١١ ، والروضة ٥/٥ ، والمنهاج ٢٧٨/٢ ، وتحفة المحتاج ١٢/٦ ، ونهاية المحتاج ١٥٤/٥ ، والمغني ٣٩٤٩/٢٢٦/٥ ، والإفصاح ٣٢/٢ ، وكشاف القناع ١١٧/٤ .

(٤) ب : بالسبب .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٦) أ : (عليه) ، ب : (عليهما) ، وهي ساقطة من ج .

(٧) انظر : الروضة ١٣٣/٩ كتاب الجنايات ، و ٢٩٧/١١ كتاب الشهادات ـ الباب السادس في الرجوع عن الشهادة .

والضرب الثاني : أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير، فللدابة(١) والطائر حالتان :

إحداهما (٢) : إنْ لَبِثَا (٣) بعد حَلّ الرباط و فتح القفص زماناً (٤)، و لو قلّ (٥)، فلا ضمان عليه لانفصال السبب(٦) عن المباشرة / (٧). (١٠٠ /أ ـ ب) و به قال أبو حنيفة(٨) .

و قال مالك : عليه الضمان (٩) .

و الحال

---

(١) ب : للدابة .

(٢) ب، ج : أحدهما .

(٣) أ : (بلث)؛ ب، ج : (يلبثا)، و الصواب ما أثبتُه، وقد جاء على الصواب بعد سطور .

(٤) ساقطة من ب .

(٥) ب : (وان قل)، ج : (فان قل) .

(٦) ب : التسبب .

(٧) انظر: المهذب ٢٨٥/١٤، والروضة ٥/٥، و المنهاج ٢٧٨/٢ .

(٨) وهو قول أبي يوسف أيضا . و قال الكاساني من فقهاء الحنفية في وجهتهما : " إنّ الفتح ليس باتلاف مباشرة ولا تسبيبا : أما المباشرة فظاهرة الانتفاء. وأما التسبيب، فلأنّ الطير مختار في الطيران، لأنه حيّ، وكل حيّ له اختيار، فكان الطيران مضافا إلى اختياره، والفتح سببا مَحْضًا فلا حكم له " . (البدائع ٤٤٥٧/٩، وانظر أيضا : الاختيار ٦٦/٣، و مجمع الأنهر ٤٧٠/٢، و درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٤٦/٢ـ٥٤٧ تحت المادة (٩٢٢) .

(٩) عليه الضمان عند الامام مالك رحمه الله مطلقا : سواء خرج عقيبَ فتحه البابَ أو متراخيًا . وهو قول محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، و إليه ذهب الإمام أحمد ـ رحمهم الله ـ، و جزم به ابن قدامة، و هو المذهب مطلقا عند الحنابلة على ما ذكره المرداوي، و أخذ به المجلة (م ٩٢٢) . و ذلك لتسببه في الضياع .

انظر: البدائع ٤٤٥٧/٩، ومجمع الأنهر ٤٧٠/٢، و رد المحتار ٢١٢/٦، و درر الحكام ٥٤٥/٢ـ٥٤٧، وبداية المجتهد ٢٣٧/٢، والقوانين الفقهية ص ٣٣٧، والخرشي ١٣٢/٦ـ١٣٣، والشرح الصغير ٨٧/٤ـ٨٨، والشرح الكبير ٤٤٥/٣، و المغني ٣٩٤٩/٢٢٦/٥، والكافي ٤١١/٢، والإفصاح ٣٢/٢، والإنصاف ٢٨/٦، والروض المربع ٢٢٥/٢، و كشاف القناع ١١٧/٤ (الغصب ـ فصل فيما يضمن به المال من غير غصب)، وشرح منتهى الإرادات ٤٢٥/٢ (الغصب ـ فصل و إن اصطدمت سفينتان واقفتان) .

والحال الثانية: أنْ تَشْرُدَ الدابة و يطير الطائر في الحال مِن غير لُبْثٍ، ففي الضمان لأصحابنا وجهان :

أحدهما : ـ و هو قول أبي إسحاق المروزيّ و أبي علي بن أبي هريرة ـ: عليه الضمان لاتصاله بالسبب(١) . وهذا قول أبي حنيفة(٢) .

والوجه الثاني ـ وهو ظاهر نصّ الشافعي (٣) في كتاب اللقطة(٤) ـ: لا ضمان عليه لعدم الإلْجاء (٥) .

و استدل

(١) قد ذكر فيه الإمام الشيرازى " قولين " بَدَلاً مِن " وجهين " بدون ترجيح . كما أنّ الرافعي ذكر فيه " قولين " : أظهرهما : لزوم الضمان، لأنّ طيران الطائر في الحال يشعر بتنفيره . والثاني : لا يلزمه الضمان ، لأنّ للحيوان قصدًا و اختيارًا . وذكر فيه النووى ثلاثة أقوال : أظهرها : لزوم الضمان ، كما قال الرافعي . والثاني : يضمن مطلقا . (لأنه لو لم يفتح لم يطر . ـ الشربيني ـ) . والثالث : لا يضمن مطلقا . (لأن له قصدًا واختيارًا ،والفاتح متسبب ،والطائر مباشر، والمباشرة مقدمة على السبب . ـ الشربيني ـ) . (و يجرى الخلاف فيما لو حلّ رباط بهيمة أو فتح بابا فخرجت و ضاعت ـ الشربيني ـ) .

انظر: المهذب ٢٨٦/١٤ ،وفتح العزيز ٢٤٥/١١ ، والروضة ٥/٥ ، والمنهاج و شرحه مغني المحتاج ٢٧٨/٢ .

(٢) وفيما نسبه المؤلف إلى أبي حنيفة،نظر: إذ الثابت في كتب الحنفية عنه خلافه أى لا ضمان على فاتح الباب أو القفص،ولو خرجت الدابة، أو طار الطائر عقيب ذلك الفعل و ضاعت، وبه قال أيضاً أبو يوسف ؛ و إنّما رُوى عن محمد بن الحسن أنه قال بالضمان مطلقا : سواء لبث الطائر أو الدابة بعد الفتح مدة أو لم يلبث .

انظر: البدائع ٤٤٥٧/٩ ،والاختيار ٦٦/٣ ، ومجمع الأنهر ٤٧٠/٢ ، ومجمع الضمانات ص ١٤٨ ، و درر الحكام ٥٤٥/٢ـ٥٤٧ .

(٣) ب : جاء بعده في ب : رضى الله عنه .

(٤) ب : الدية .

(٥) انظر: الأم ٦٧/٤ تحت عنوان (اللقطة الكبيرة) .

واستدلّ مالك ومَن تابعه على وجوب الضمان بالسبب متصلاً و (١) منفصلاً : بأنّ أسباب التلف مضمونة (٢) كحفر البئر • و فتحُ القفص سببٌ للتلف ، فوجب أن يَتَعَلَّقَ به الضمان • ولأنّ كلّما تَعَلَّقَ به الضمان مع (٣) اتصاله (٤) (٥ بسببه جاز أنّ يتعلّق به الضمان مع انفصاله ٥) عن سببه ،كالجارح يضمن إنْ تَعَجَّلَ التلفُ أو تَأَجَّلَ (٦) •

ودليلنا : هو (٧) أنّ للحيوان اختيارًا يتصرّف به (٨) ، لِما (٩) يشاهده عيانا مِن قصده لِمَنافِعِه و اجتنابه لمضارّه ،ثم لِما قد استقرّ حُكمًا مِنْ تحريم ما قد صاده باسترساله و تحليل ما صاده باسترسال مرسله • فاذا اجتمع السببُ و الاختيارُ تعلّق الحكمُ بالاختيار دون السبب، كَمُلْقِي نَفسَه مختارًا في بئر يسقط الضمان باختياره عن حافر البئر (١٠) • وطيران الطائر باختياره، لأنه غيرُ مُلْجَأ، وقد كان يجوز بعد فتح القفص أنْ لا يطير، فوجب إذا طار بعد الفتح أنْ لا يتعلّق بالفتح ضمان، ولأنّ (١١) طيران الطائر بفتح / القفص ،كهرب العبد المحبوس ،إذا فتح عنه الحبس• (١٠١/أ-أ)

فلما

---

(١) ج : (أو) •

(٢) أ ، ج : (المضمونة) ؛ ب: (مضمونة) •

(٣) ب : في •

(٤) ج : انفصاله •

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج •

(٦) ر : المصادر المذكورة في ص ٣٤٨ ،رقم الهامش ٩ •

(٧) ساقطة من ب •

(٨) انظر: فتح العزيز ٢٤٥/١١ ،و تحفة المحتاج ١٢/٦ ، و مغني المحتاج ٢٧٨/٢ ، و نهاية المحتاج ١٥٤/٥ •

(٩) ب : كما •

(١٠) و ذلك كما أنّ رجلًا ردى في البئر شخصًا ، فالضمان على المردى دون الحافر •
انظر : الروضة ١٣٣/٩ كتاب الجنايات •

(١١) ج : و لا •

فلمّا كان فاتح (١) الحبس عن العبد المحبوس لا يضمنه إنْ هرب(٢)، كذلك(٣) فاتح القفص عن الطائر: لا يضمنه إنْ طار، ولأنّ مثابة مَنْ فَتَحَ القفص عن طائر حتى طار بمثابة مَنْ هَتَكَ(٤) حِرْزَ مالٍ / حتى (٥٩/ب) سُرِقَ، ثم كان لو فَتَحَ بابَ دارٍ فيها مال، فَسُرِقَ لم يضمنه(٥). (٦ فكذلك القفص(٧): إذا فتح باب قفصٍ، حتى طار طائره لم يضمنه ٦). ولأنّ فتح القفص يكون تعدّيًا على القفص دون الطائر، بدليل: أنه لو مات الطائر في القفص بعد فتحه لم يضمنه(٨)، وما(٩) انتفى عنه التعدّي لم يضمن به.

فأما الجواب عن استدلالهم - بأنّ أسبابَ التلف مضمونة كحافر البئر يضمن ما(١٠) سقط فيها - : فهو أنّهما سواء. وذاك أنّ مِنْ طبع الحيوان(١١) توقي المتالف. فاذا سقط في البئر دلّ على أنّ سُقُوطَهُ بغير اختياره، يضمن(١٢) الحافر. ولو علمنا أنه سقط باختياره بإلقاء نفسه عمدًا سقط الضمانُ عن الحافر. والطيرُ مَطْبُوعٌ على الطَّيَرَان عند القدرة، إلاّ في أوقات الاستراحة

---

(١) ب : فتح.

(٢) وذلك إذا كان العبد المحبوس مجنونًا على ما ذكره النووي. أمّا إذا لم يكن مجنونا، بل كان عاقلاً، فقال عنه النووي: " وإنْ كان العبدُ عاقلاً، نظر: إنْ لم يكن آبقا، فلا ضمان، لأنّ له اختيارًا صحيحًا، فذهابه محال عليه؛ وإن كان آبقاً، فلا ضمان أيضًا على الأصح، وقيل: هو كحلّ رباط البهيمة".

انظر: الروضة ٥/٦، وانظر أيضا: مغني المحتاج ٢/٢٧٨.

(٣) ب : فكذلك.

(٤) ج : حتك.

(٥) وذلك لعدم ثبوت يده على المال. (انظر: الروضة ٥/٦، ومغني المحتاج ٢/٢٧٩، ونهاية المحتاج ٥/١٥٥).

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب.

(٧) ساقطة من ج.

(٨) جاء بعدها في ب: (قط).

(٩) (وما): ساقطة من ب.

(١٠) ب : بما.

(١١) (الحيوان): صححت في ج على الهامش.

(١٢) ج : فضمن.

الاستراحة . فاذا طار دلّ على أَنّ طيرانَه(١) باختياره، (٢ فسقط الضمانُ عَن فاتح القفص. ولو علمنا أنه طار بغير اختياره ٢) بالإلجاء و التنفير وجب الضمان على فاتح القفص، فكانا سواء .

فأما (٣) استدلالهم - باستواء الأسباب فيما تَعَجَّل بها التلف(٤) أو تَأَجَّلَ - : فلأصحابنا في ضمانه - إذا طار عقيب الفتح - وجهان :

أحدهما : لا يضمنه، فعلى هذا سقط السؤال .

والثاني : يضمنه، فعلى هذا يكون الفرق / بين أن يطير (١٠١/أ-ب) في الحال، فيضمن ؛ و بين أن يطير(٥) بعد زمان ، فلا يضمن / . (٢٨٩/ج) هو لأن(٦) الطير مطبوع على النفور من الإنسان . فاذا طار في الحال عُلِمَ أنه طار لنفوره منه ، فصار كتنفيره إيّاه ؛ و إذا (٧) لَبِثَ زمانًا لم يوجد منه النفور، فصار طائرًا باختياره (٨)(٩) .

فصل

---

(١) جاء بعدها في ج : (بغير) .

(٢) ما بين القوسين تكرر في ج .

(٣) ب : و أما .

(٤) ب : التالف .

(٥) ج : أن لا يطير .

(٦) (لأن) : من ب ؛ أ ، ج : (ان) .

(٧) ب : فاذا .

(٨) جاء بعده في ب : والله أعلم بالصواب .

(٩) انظر: فتح العزيز ١١/٢٤٥-٢٤٦ .

أ/٢٦ (فصـــل)

فأمّـا إذا أمَرَ طِفلاً أو مَجْنُونًا بإرسال طائر في يده ،فأرسله فطار(١) ٠ فهو كفتحه القفصَ عنه في أنه إنْ نَـفَّـرَهُ ، أو أمر الطفل بتنفـيره ضمـنـه٠ و إنْ لم يُنفِّـرْهُ ولَبِثَ زمانًا لم يضمنه٠ وإنْ طار في الحال ، فعلى الوجهين (٢) ٠

ب/ ٢٦ (فصـــل)

و لو كان الطائر ساقطًا على بُرْجٍ أو جدار ،فَنَفَّـرَهُ بحجر رماه به ، فطار مِنْ تَنْفيره لم يضمنـه ؛ لأنه قد كان طائرًا غيرَ مَقْدُورٍ عليه قبل التنفـير (٣) ٠

ج / ٢٦ (فصـــل)

و لو رَمىٰ رجل (٤) حجرًا في هواء داره ،فأصاب طائرًا فقتله ،ضمنـه ، سواء عَمَدَهُ (٥) أو لم يَعْمِدْهُ ، لأنه و إنْ لم يتعدّ بالرَّمْي في (٦) هواء داره ، فليس له مَنْعُ الطائر مِن الطيران في هوائه ٠ فصار كما لو رماه فـي (٧) غير

---

(١) ج : فصـار ٠

(٢) أ ، ج : وجهين ؛ ب : الوجهين ٠
قوله (الوجين) : أحدهما : لا يضمن ٠ والثاني : يضمنه إذا طار في الحال ،و لا يضمنه إذا طار بعد أن لبث زمـانـا ٠ (ر: ص ٣٥٢) ٠

(٣) انظر: المهذب ١٤ / ٢٨٦ ، وفتح العزيز ١١ /٢٤٧ ، والروضة ٦/٥ ، ومغني المحتاج ٢ /٢٧٩ ،و نهاية المحتاج ٥ /١٥٥ ٠

(٤) ساقط من ج ٠

(٥) ب : عمد ٠

(٦) ج : (و) ٠

(٧) أ : (من) ؛ ب ، ج : (في) ٠

غير هوائه (١) • وخالف دخول البهيمة إلى (٢) داره، إذا (٣) مَنَعَهَا (٤) بضرب لا تخرج إلّا به، إنَّهُ لا يضمنها ؛لأنّ له مَنْعَ البهيمة مِن داره •

د ٢٦/ (فصــــل)

و إذا فتح رجل مُرَاحَ غَنَم ،فخرجت لَيْلاً ،فـرعت زرعـًا : فان كان الذى فتحه المالكُ ضمن الزرع، و إنّ كان غير (٥) المالك لم يضمنه (٦) •

والفرق بينهما : أنّ المالكَ يلزمـه حفظها ، فاذا فتح عنها (٧) ضمن ، و غير المالك لا يلزمـه حفظها ،فاذا فتح عنها (٧) لم يـضـمـن • / (١٠٢/أ ـ أ)

هـ ٢٦/ (فصــــل)

و لو حلّ دابةً مربوطةً عن (٨) عَلَفٍ ،أو شعيرٍ فأكلتـه لم يضمن ، لأنّ الدابة هي المتلفة دونـه • وكذا لوكسرت إناءً في الدار لم يضمنه لِما عَلّلْنَا ، وسواء اتصل ذلك بالحلّ أو انفصل عنـه (٩) •

مســــألــة

---

(١) انظر: المهذب ١٤/٢٨٦ ، وفتح العزيز ١١/٢٤٧ ،والروضة ٥/٦ ، و مغني المحتاج ٢/٢٧٩ ، و نهاية المحتاج ٥/١٥٥ •

(٢) ج : في • (٣) ج : الا •

(٤) ب : تبحها •

(٥) ج : غيره •

(٦) انظر: مغني المحتاج ٢/٢٧٩ ،ونهاية المحتاج ٥/١٥٥ •

(٧) ما بين القوسين صُحِحَ في ج على الهامش •

(٨) ج : على • (٩) جاء بعدها في ج : (والله أعلم) •

ذكر فيه الشربيني صورة أخرى ،حيث قال :

" لو حلّ رباطا عن علف في وعاء فأكلته في الحال بهيمة ضمن • فان قيل: قد صرح الماوردى بأنه لو حلّ رباط بهيمة فأكلت علفا أو كسرت اناء لم يضمن ،سواء اتصل ذلك بالحلّ أم لا ، فهلا كان هنا كذلك ؟ أجيب بأنه إنّما لم يضمن في تلك ، لأنه لم يتصرف في التالف ، بل في المُتلِف عكس ما هـنـا " • (مغني المحتاج ٢/٢٧٩ ،وانظر أيضا : نهاية المحتاج ٥/١٥٤) •

٢٧ ـ مسألة (*)

قال الشافعي (١) : ولو حَلَّ زِقّاً (٢) أو راوية (٣) فاندفقا (٤) : ضمن، إلّا أن يكون الزِّقُّ ثبت (٥) مستنداً وكان (٦) الحلّ لا يدفع ما فيه، ثم سقط بتحريكٍ أو غيره فلا يضمن، لأنّ الحلّ (٧) كان ولا جناية فيه (٨).

وصورتها في زِقٍّ قد أُوكِيَ (٩) على ما فيه، فَحَلَّ الوِكاءَ (١٠) حتى ذهب ما في الزِّقِّ، فلا يَخْلُو حالُ ما (١١) فيه مِنْ ثلاثة أقسام :
أحدها

(*) ب : فصل .

(١) جاء بعده في ب :(رضى الله عنه)، وفي ج : (رحمه الله) .

(٢) قوله (زِقّ) ــ بكسر الزاى ــ : السِّقَاء، وهو وِعَاء مِن جلد للماء واللبن وغيرهما كالخل والزيت .
انظر: الصحاح ١٤٩١/٤ و ٢٣٧٩/٦، واللسان ١٤٣/١٠ و ٣٩٢/١٤، والمعجم الوسيط ٣٩٧/١ و ٤٣٩؛ مادتى : " زقّ " و " سقى " . وانظر: مغني المحتاج ٢٧٨/٢ .

(٣) قوله (رَاوِيَة) : أى المَزَادة، وهي وِعاء من جلد يُحْمَلُ فيه المَاءُ . (انظر: الصحاح ٢٣٦٤/٦، واللسان ١٩٨/٣ـ١٩٩ و ٣٤٦/١٤، ومعجم الوسيط ٣٨٥/١ و ٤١١/١؛ مادة : " روى "، و " زود "، و " زيد ") .

(٤) ب : فاندفقتا .

(٥) (ثبت) : من ب، والمختصر؛ أ، ج : (يثبت) .

(٦) ب : أو كان .

(٧) جاء بعدها في المختصر: (قد) .

(٨) انظر: المختصر ١١٨/٨ .

(٩) قوله (أُوكِيَ) : أى شُدِّدَ . (انظر: المصباح ٦٧٠/٢ـ٦٧١، مادة " وكى ") .

(١٠) قوله (الوكاء) : حبل يُشَدُّ به رأسُ القِرْبة، فيقال: أَوْكَيْتُ السِّقاءَ : شَدَدْتُ فمه بالوِكاء ــ بكسر الواو ــ . (انظر: المصباح السابق) .

(١١) (ما) : من ب، ج؛ ساقطة من أ .

أحدها : أن يكون مِن أَرَقّ المائعات قِوامًا (١) و أَسْرَعها ذهابًا كالخلّ والزيت و اللبن . فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون فَمُ الزّقّ مُنَكّسًا (٢) ، فعليه ضمان ما فيه (٣) . لأن الذائب مع التنكيس لا يبقى ، فكان هو المُتلِف له .

والضرب الثاني : أن يكون (٤ فم الزق ٤) مُسْتَعْليًا . فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يميل في الحال ، فيذهب ما فيه ، فعليه ضمانه ، لأنه متماسك بوِكائه ؛ فاذا حَلّهُ كان بالحلّ تالفًا ، و ليس كالدابة إذا حلّها ، لأنّ للدابة اختيارًا (٥) .

والضرب الثاني : أَنْ يَلبَثَ بعد الحلّ متماسكًا زمانًا ، ثم يميل فيسقط : فلا ضمان عليه (٦) ، و سواء كان الزق مستندًا أو غيرَ مستندٍ ، لأنه قد كان باقيا بعد الحلّ ، فَعُلِمَ أنّ تَلَفَهُ بغير الحلّ : مِن هُبُوب / ريح (١٠٢/أ-ب) أو تحريك إنسان (٧) .

والقسم الثاني (٨) : أن يكون ما في الزق ثَخِين القِوام بَطِئ الذهاب ، كالدّبس الثخين و العسل القوى . فاذا حلّ وكاءه فاندفع يسيرًا بعد يسير حتى ذهب ما فيه . / (٦٠/ب)

فان

---

(١) ساقطة من ب .

(٢) ب : متكيا .
قوله (مُنَكّسًا) : أي مَطْرُوحًا على الأرض . (انظر : فتح العزيز ٢٤٤/١١ ، والروضة ٤/٥) .

(٣) انظر : فتح العزيز ٢٤٤/١١ ، والروضة ٤/٥ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢٧٨/٢ ، وتحفة المحتاج ١١/٦ .

(٤) ج : ما في الزق .

(٥) انظر : المهذب ٢٨٦/١٤ ، وفتح العزيز ٢٤٤/١١ ، والروضة ٤/٥ .

(٦) انظر : المهذب ٢٨٦/١٤ .

(٧) انظر : المهذب ٢٨٦/١٤ ، وفتح العزيز ٢٤٤/١١ ، والروضة ٤/٥ ، وتحفة المحتاج ١١/٦ ، و مغني المحتاج ٢٨٧/٢ ، ونهاية المحتاج ١٥٣/٥ .

(٨) ب : الرابع .

فان كان (١) مُسْتَعْلى الرأس فلَبِثَ زمانًا لا يندفع شئ منه ، ثم اندفع فلا ضمان . وإنْ اندفع في الحال أو كان مُنَكَّسًا ، نظر :

فان لم يقدر مالكه على استدراك شَدِّه ، حتى ذهب ما فيه ، فعليه الضمان . وإنْ قدر (٢على الاستدراك لِمَا فيه ٢) : فان استدركه بالشَّدِّ لزمه ضمانُ ما خرج قبل الشَّدِّ ، وإنْ تركه المالك مع القدرة على استدراك شَدِّه ، ففي الضمان وجهان :

أحدهما : عليه الضمان ، كما لو خَرَقَ ثوبَهُ ، وهو قادر على منعه ، أو قَتَلَ عبده ، وهو قادر على دفعه : لزمه الضمان ، ولا تكون قدرة المالك على الدفع اختيارًا وإبراءً ؛ كذلك هاهنا .

والوجه الثاني : لا ضمان عليه .

والفرق بينهما : أنه في القتل والتحريق مباشر ، وفي حَلّ الوِكَاءِ (٣) متسبب (٤) ، والسبب يُسْقِطُ (٥) حُكْمَهُ مع القدرة على الامتناع منه ، كمَنْ حَفَرَ بئرًا ، فمرَّ بها إنسان ، وهو يراها ويقدر على اجتنابها ، فلم يفعل ، حتى سقط فيها لم يضمنه الحافر .

ولو كان الزِقُّ مُسْتَعْلىَ الرأس ، وهو يندفع بعد الحلّ يسيرًا بعد يسير ، فجاء آخرُ فَنَكَسَهُ ، حتى تعجّل خروج ما فيه فذهب : فعلى الأول ضمان ما (٦) خرج قبل التنكيس ، وفيما خرج بعده وجهان :

أحدهما : أنّ ضمانه عليهما (٧) لاشتراكهما / في سبب (٨) ضمانه (١٠٣/أ-أ) كالجارِحَيْنِ .

والوجه

---

(١) ساقطة من ج .
(٢) ب : (على استدراك ما فيه) .
(٣) جاء بعدها في أ : (غير) ، وأشير إلى أنها مشطوبة ، ولم تثبت في ب ، ج .
(٤) ب : مسبب .
(٥) ب : مسقط .
(٦) ج : بما .
(٧) ج : عليه .
(٨) ج : لسبب .

والوجه الثاني : أَنَّ ضمانه على الثاني وحده (١) لسقوط السبب مع المباشرة، فصار كالذابح بعد الجارح ، تسقط سراية الجرح بتوجيه الذبح .

والقسم الثالث(٢) : أن يكون ما في الزِّقِّ جامدًا (٣) كالسمن والدبس إذا جمدا (*) ، فينكشف بِحَلِّ الوكاء أو يكشف(٤) الإناء حتى تطلع عليه الشمس ،فيذوب و يذهب .

فان كان الزِّقُّ أو الإناءُ على حال : لو كان ما فيها (٥) عند الحلّ أو الكشف (٦) ذائبًا بَقي في (٧) زِقّهِ و إنائِهِ ، فلا ضمان عليه؛ و إنْ كان لا يبقى — لو كان ذائبا — ففي ضمانه وجهان :

أحدهما : لا ضمان عليه،لأنّ ذَوَبانَهُ (٨) مِن تأثير الشمس ، لا مِن تأثير حَلّه .

والوجه الثاني : عليه / الضمان، لأنّ بحلّه إيّاه و كشفه (٢٩٠/ج) له (٩) أثّرت فيه الشمس (١٠) ، فكان الحلّ أقوى سببا ،فتعلّق به الضمان (١١)(١٢) .

فصل

(١) و هو الأصح على ما ذكره النووى . (انظر: الروضة ٥ / ٤ـ٥).
(٢) ب : الثاني .
(٣) ب : جامد .
(*) ب ،ج : جمد .
(٤) ب : انكشف .
(٥) ج : فيهما ؛ أ ، ب : فيها .
(٦) ب : والكشف .
(٧) (في) : مكررة في ج .
(٨) ج : لأنه .
(٩) (له) : من ب ، ج ؛ ساقطة من أ .
(١٠) ج : كالشمس .
(١١) جاء بعده في ب : (والله أعلم) .
(١٢) قال الشيرازى عن الوجه الثاني : وهو الصحيح ، و ذكر الرافعي والنووى أنه أصحّ الوجهين .
انظر: المهذب ١٤ /٢٨٦ ،وفتح العزيز ١١ /٢٤٤ ، والروضة ٥/٥ .

أ/٢٧ (فصـــل)

فلو (١) أَدْنَى رجل مِن الجامد نارًا بعد كشف إنائِهِ و حَلِّ وِكائِهِ ، فَحَمِيَ (٢) بها (٣) ، فذاب (٤) وذهب ؛ فلا ضمان على واحد منهما ٠

أمّا صاحب النار فلم (٥) يباشر بها ما يضمن به ٠ وأما كاشف الإناء و حالّ الوِكاءِ ، فلم يكن منه عند فعله جناية يضمن بها (٦) ؛ و صارا (٧) كسارقين : شقب أحدهما الحِرْزَ ، و أخرج الآخرُ المالَ لم يقطع واحد منهما ، لأنّ الأول هَتَكَ الحرز ، و بهتك الحرز لا يجب القطع ؛ والثاني أَخَذَ مالاً غيرَ مُحْرَزٍ ، و أخذُ المالِ مِن غير حرز لا يوجب القطع (٨) ٠

فان قيل : (٩ لِمَ ضَمِنَ ٩) إذا ذاب / بالشمس في أحد (١٠٣/أ ـ ب) الوجهين ، ولم يضمن إذا ذاب بالنار ؟

قيل : لأنّ طلوع الشمس معلوم ، فصار كالقاصد له ، و دُنُوّ النار غير معلوم ، فلم يصر قاصدًا له ٠

ولكن لو (١٠) كان كاشف الإناء و حالّ الوِكاء هو الذى أَدْنَى النارَ منه ، فذاب ضمن وجهًا واحدًا (١١) بخلاف الشمس في أحد الوجهين ٠

و لأن

---

(١) ب : و لو ٠
(٢) ج : فحمتها ٠
(٣) (بها) : من ب ؛ ساقطة من أ ، ج ٠
(٤) ب : و ذاب ٠
(٥) (فلم) : مكررة في ج ٠

(٦) قال الشيرازى : " و عندى أنه يجب الضمان على صاحب النار " ٠ و هو أصح الوجهين عند الرافعي والنووى ٠ والوجه الثاني : لا ضمان على واحد منهما كما ذهب إليه المؤلف ٠
انظر : المهذب ١٤ / ٢٨٦ ـ ٢٨٧ ، وفتح العزيز ١١ / ٢٤٥ ، والروضة ٥ / ٥ ٠

(٧) ب : و صار ٠
(٨) انظر : الروضة ١٠ / ١٢١ ، ١٣٣ ـ ١٣٤ كتاب السرقة ٠

(٩) ج : يضمن ٠ (١٠) ساقطة من ب ٠
(١١) ذكر النووى أن فيه يجرى الوجهان ، كما لو أن واحدا فتح الزق وجاء آخر وقرّب نارا من الجامد فذاب وضاع ، فوجهان ٠ (ذكرتُ الوجهين أعلاه تحت رقم ٦) ٠

(١و لأنّ إدناء النار١) مِن فعله، وليس طلوع الشمس مِن فعله، و خالف وجود ذلك مِن نَفَسَيْن ، و صار كتفرّده بهتك الحرز وأخذ ما فيه في وجوب (٢) القطع عليه ، و لا يجب لو كان مِن نَفَسَيْن .

ب/٢٧ (فصل)

فاذا (٣) حلّ رجل رباط سفينة ، فتشمّرت بعد حلّ رباطها فغرقت، فهذا على ضربين (٤) :

أحدهما : أن يكون (٥) غرقها في الحال من غير لبث ، فعليه الضمان لحدوث (٦) التلف بفعله (٧) .

والضرب الثاني : أن يتطاول (٨) بها اللبث بعد الحلّ، ثم تغْرق بعده، فهو على ضربين :

أحدهما : أن يظهر سبب غَرْقها بحادث مِن ريح أو موج (٩) فلا ضمان عليه، لتلفها بما هو غير منسوب إليه (١٠) .

والضرب الثاني : أن لا يظهر حدوث (١١) سبب لتلفها ، ففي ضمانها وجهان :

أحدهما : أنه (١٢) لا يضمنها ، كما لا يضمن الزقّ إذا لَبِثَ بعد حلّه، ثم مال (١٣) .
والوجه الثاني : عليه الضمان بخلاف الزق ، لأنَ إلماء أحد المتلفات (١٤) .
مسألة

(١) أ : (ولأن أدنى النار) ، ب : (لأنها) ، ج : (لأن ادنا النار) .
(٢) ب : (من وجوب) ، ج : (بوجوب) .
(٣) ب : و اذا .
(٤) انظر : المهذب ٢٨٧/١٤ ، و فتح العزيز ٢٤٥/١١ ، والروضة ٥/٥ .
(٥) جاء بعده في ب : (قد) .
(٦) ب : بحدوث .
(٧) انظر : مغني المحتاج ٢٧٨/٢ ، ونهاية المحتاج ١٥٣/٥ـ١٥٤ .
(٨) ب : (أن يطيلوا) ، ج : (تطاول) .
(٩) ج : (غيره) ، صححت على الهامش .
(١٠) انظر : مغني المحتاج ٢٧٨/٢ ، ونهاية المحتاج ١٥٤/٥ .
(١١) ساقطة من ب . (١٢) ساقطة من ج .
(١٣) ر : ص ٢٧/٣٥٦ـ مسألة .
و ممن قال بهذا الوجه الزركشي . (انظر : مغني المحتاج ٢٧٨/٢ ، و حواشي شرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج ١٢/٦) .
(١٤) وهو أوجه الوجهين عند الرملي . (انظر : نهاية المحتاج ١٥٤/٥) .

٢٨ ـ مسـألـة

قال الشافعي رحمه الله (١) /: و لو غصب (٢) دارًا، فقال (١٠٤/أ ـ أ) الغاصبُ: هي (٣) بالكوفة، فالقولُ قولُه مع يمينه (٤).

قد ذكرنا في كتاب الإقرار (*) أنَّ الدعوى المجهولة (٥ لا تصح حتى تُفَسَّر، و أنَّ الإقرار بالمجهول ٥) يَصِحُّ و يُؤْخَذُ المُقِرُّ بالتفسير (٦).

فاذا ابتدأ رجلٌ عند الحاكم مِنْ غير دَعْوَى تقدمت عليه، فقال: غصبتُ فلانًا هذا دارًا، جاز للحاكم / أن يسأل المُقَرَّ له (٧) عن قبول (٦١/ب) الإقرار بالدار قبل أَنْ يسأَلَ المُقِرّ (٨) عن حدود الدار وموضعها، حتى إنْ ردّ الإقرار كفى (٩) تكلف السؤال. وإن قبل الإقرار (١٠) أَمْسَكَ عن سؤال (١١) المُقِرّ أيضًا عن موضعها وحدودها، حتى يسأله المُقَرّ له (١٢ سُؤَالَ المُقِر عن ذلك، فحينئذ يسأله، و لا ينبغي أَنْ شَرَعَ بالسّؤال له عمّا لم يسأله، فاذا سأله المُقَرّ له ١٢) عن (١٣) ذلك

---

(١) ب: رضى الله عنه.
(٢) المختصر: غصبه.
(٣) ب، ج، المختصر: هي؛ أ: فهي.
(٤) انظر: المختصر ٨/١١٨.
(*) انظر الحاوي الكبير للماوردي كتاب الإقرار بالحقوق والمواهب، (دار الكتب والوثائق القومية بالقاهرة، ٨٢ فقه شافعي، جـ ٨، رقم اللوحة ٣٢٧/ب).
(٥) ما بين القوسين ساقط من ج.
(٦) قوله (الدعوى المجهولة لا تصح): لأن شرط الدعوى الصحيحة أن تكون معلومة... (انظر: الروضة ١٢/٨ كتاب الدعوى والبينات).
و قوله (الإقرار بالمجهول يصحّ): انظر: الروضة ٤/٣٦٠ كتاب الإقرار.
(٧) (له): ساقطة من ب.
(٨) ج: المقر له.
(٩) ج: كفا.
(١٠) ب، ج: (الاقرار)، أ: (الاقراره).
(١١) ج: السؤال.
(١٢) ما بين القوسين ساقط من ج.
(١٣) (عن): من ب؛ ساقطة من أ، ج.

ذلك سأل المُقِرّ حينئذ : أين الدار؟ فان قال : هي بالبصرة، فالحاكم بالخيار بين أن يسأله عن موضعها من قبائل البصرة، ثم عن حدودها من القبيلة ؛ وبين أن يسأل المُقَرّ له (١) عن الدار التي غصبه إيّاها : هل هي بالبصرة أم لا ؟ حتى إنّ (٢) ادّعاها بغير البصرة كفى تكلف السؤال عن موضعها و حدودها مِن البصرة ٠

و إذا كان كذلك فللمُقَرّ له ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يقبل منه إقراره بالدار التي هي بالبصرة ، ولا يدّعي عليه غيرها ، فَيُحْكَمُ له بها(*) بمجرد الإقرار، (٣) و ليس بينهما خلاف (٤) فيجب به يمين ٣) ٠ / (١٠٤ /أ ـ ب)

و (٥) الحال الثانية : أن يقبل منه إقراره بالدار التي بالبصرة ،ويدّعي عليه دارًا بالكوفة ؛ فيستحق الدار التي بالبصرة بالإقرار ،ثم يصير مُدّعيًا للدار (٦) بالكوفة ، فيسأل الحاكم للمدّعي عن موضع الدار من قبائل الكوفة، و (٧) عن حدودها من تلك القبيلة قبل سؤال المدّعى عليه عنها ،حتى لا تكون دعواه مجهولة ٠ فان أقرّ له بها خرج إليه منها ،وإن أنكره إيّاها حلف عليها (٨) ٠

و (٩) الحال الثالثة : أن يردّ إقراره بالدار التي بالبصرة ، ولا يقبلها ، ويدّعي عليه دارًا بالكوفة و يحدّها ٠

فينبغي (١٠) للحاكم أن يسأله قبل سؤال المدّعى عليه، فيقول له: أتصدقه على أنّ (١١) الدار التي ابتدأ بالإقرار لك بها هي التي ذكر أنها بالبصرة ؟ فان قال: أصدّقه على أنه أرادها بالإقرار الأول و ليست هي

التي

---

(١) (له) : ساقطة من ج ٠ (٢) ساقطة منن ج ٠
(*) (بها) : ساقطة من ب ٠
(٣) ب : (وليس بينهما حلف مونة يمين) ٠
(٤) ج : خلف ٠ (٥) (و) : ساقطة من ب ٠
(٦) أ ، ج : (لدار) ، ب: (للدار) ٠ (٧) ج : ثم ٠
(٨) ب : عليه ٠ (٩) (و) : ساقطة من ب ٠
(١٠) ب : ينبغي ٠ (١١) (ان) : ساقطة من ج ٠

التي غَصَبَنِيهَا (١) .

سأل الحاكم المدّعي عليه (٢ حينئذ عما ادّعاه عليه ٢) من الدار بالكوفة، فان أقرّ له بها خرج إليه منها وكانت الدار التي بالبصرة (٣) مقرة في يده لعدم مَنْ يدّعيها، وإن أنكرها (٤) حلف له (٥) يمينًا واحدة بالله ما غصبه دارًا بالكوفة . وإنّ قال المدّعي عند سؤال الحاكم له قد كان المُقِرّ أراد بإقراره الأول (٦) لي بالدار (٧) ما ادعيته عليه (٨) من الدار بالكوفة أحلف (٩) الحاكم المدّعى عليه إذا أنكر يَمِينَيْن : إحداهما : أنه ما (١٠ غصبه دارًا ١٠) بالكوفة . (١١ واليمين الثانية : أنه /(*) ما أراد بالدار التي كان (١٢ أقرّ له بها ١٢) الدار التي ادّعاها عليه بالكوفة ١١) . فاذا حلفهما برئ من دعوى دار بالكوفة و أقرّت دار البصرة بيده .

أ/٢٨ (فصل)

(٢٩١/ج)

و لو ابتدأ (١٣) المدّعي قبل تقدّم الإقرار له / ، فادّعى (١٤) عليه غصب دار بالكوفة، فذكر (١٥) حدودها . و قال (١٦) المدّعي عليه : غصبته

---

(١) ب : غصبتها .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٣) ب : في البصرة .
(٤) أ ، ج : (أنكره)، ب : (أنكرها) .
(٥) ساقطة من ج .
(٦) ساقطة من ج .
(٧) جاء بعدها في ج : (لي) .
(٨) ب : عليك .
(٩) ج : حلف .
(١٠) ج : (غصب داره) .
(١١) ما بين القوسين تكرر في ج .
(*) انتهت اللوحة (١٠٥/أ ـ أ) .
(١٢) ب : (كان اقراره بها) .
(١٣) ج : ابتدى .
(١٤) ج : فان ادّعى .
(١٥) ج : و ذكر .
(١٦) ب : فقال .

غَصَبْتُهُ داراً بالبصرة . قيل له : أنت غيرُ مُجيبٍ عَن الدعوى لإقرارك (١) بدارٍ لم يُدَّع (٢) عليك ، فَأَجِب عَمَّا ادّعاه عليك مِن غصب دارٍ بالكوفة . فان اعترف له بها لزمه الخروج إليه منها وعرض عليه قبول (٣) ما أقرّ له به مبتدئاً مِن غصب دارٍ بالبصرة، فان قبل إقراره بها (٤) خرج (٥ إليه أيضاً ٥) منها ، (٦ وإنْ لم يقبل ٦) أقرّت في يد المُقِرّ . ولو كان المدّعى عليه أنكر غصب دارٍ بالكوفة أَحْلَفَهُ الحاكم يميناً واحدة أنه ما غصبه داراً بالكوفة وأقرّ بيده (٧) دار البصرة (٨) إن لم يقبلها المُقَرّ له .

ب/٢٨ (فصل)

و لو قال : غَصَبْتُهُ داره (٩) ، ثم قال : أردتُ دارة الشمس أو دارة القمر : فان قال ذلك مبتدئاً مِن غير أنْ تقدم الدعوى عليه بدارٍ قبل قوله . وإن قال ذلك جواباً عن دعوى دارٍ عليه، ففيه وجهان :

أحدهما : يقبل قوله لاحتماله .

والوجه الثاني : لا يقبل منه ، لأنه إذا كان جواباً انصرف عنه الاحتمال / إلى ما تضمنته الدعوى (١٠) . (١٠٥/أ-ب)

فصل

---

(١) ب : باقرارك .
(٢) أ ، ج : (لم يدعا) ، ب : (لم يدع) .
(٣) ساقطة من ب .
(٤) (بها) : صححت في ج على الهامش .
(٥) ج : أيضا اليه .
(٦) ب : (فان لم يقبلها) ، ج : (وان لم يقبلها) .
(٧) ب : بيدها .
(٨) ب ، ج : دارا بالبصرة .
(٩) ج : دار .
(١٠) جاء بعدها في ب : والله أعلم .

ج ٢٨/ (فصـــل)

و لو ادّعى (١) عليه غصبَ دارٍ بالبصرة ،فأنكره و حلف بالطلاق مـا غصبه (٢) . ثم أقام المدعي بينة بشاهدَيْن عَدْلَيْن على مشاهدة الغصب أو على إقراره به (٣) لزمه الغصب والطلاق معًا لحنثه به في يمينه . و لو كانت بيّنتُه شاهدًا وامرأتين أو شاهدًا (٤) ويمينا (٥) لزمه الغصب ، و لا يلزمه (٦) الطلاق ، لأنّ المغصوب مال (٧) يلزم (٨) بشاهد وامرأتين أو بشاهد و يمين (٩) ، و الطلاق لا يلزم إلاّ بشاهدَيْن عَدْلَيْن لا غَيْرُ . و لو شهد أحد الشاهدين على معاينة الغصب / و شهد الآخر على إقراره بالغصب لم تُكْمِل البينة بهما (١٠) (٦٢/ب) لأنّ الإقرار بالغصب غير (١١) المعاينة للغصب .

و قيل للمدعي : احلف مع أيّهما شئتَ حتى تُكْمِلَ بينتُك بشاهد و يمين ، فيلزمه بهما (١٢) الغصب دون الطلاق . و لو شهد أحدهما أنه غصبها منه يوم الخميس و شهد آخر (١٣) أنه غصبها منه يوم الجمعة لم تُكمِل (١٤) البينة بهما . لأنّ الغصب في يوم الجمعة غير الغصب في يوم الخميس .

فان

---

(١) أ ، ج : (ادعيا) ، ب : (ادعى) .
(٢) أ ، ج : (ما غصبته) ، ب : (ما غصبه) .
(٣) ساقطة من ج .
(٤) ب : شاهد .
(٥) ب : و يمين .
(٦) ب : و لم يلزمه .
(٧) ج : باق .
(٨) ب ، ج : يلزمه .
(٩) في جميع النسخ : (و بشاهد ويمين) ، و الصحيح أن يكون (أو بشاهد ...) كما أثبته لما اقتضاه السياق .

(١٠) أ : (منهما) ؛ ب ، ج : (بهما) . و جاء بعدها في ب : (لأن الاقرار بالغصب لم يكمل البينة بهما) .

(١١) ج : (يخالف) : صححت على الهامش .
(١٢) ب ، ج : بها . (١٣) ب : الآخر .
(١٤) ج : لا تكمل .

قال ... قال

فان (١) أحدهما : رأيتها مغصوبة في يده يوم الخميس ، والآخر : رأيتها مغصوبة في يده يوم الجمعة كملت البينة بهما لعدم التنافي .

ولو قال أحدهما : أقر عندى (٢) يوم الخميس بغصبها ، وقال الآخر : أقر عندى يوم الجمعة بغصبها (٣ كملت البينة بهما لعدم التنافي .

(٤ ولو قال أحدهما : أقر عندى / أنه غصبها يوم الخميس ، (١٠٦/أ-أ) وقال الآخر : أقر عندى أنه غصبها يوم الجمعة ٣) لم تكمل البينة بهما (٥) ، لأنهما غصبان ٤) .

ولو شهد أحدهما أنه غصبها منه ، وشهد الآخر أنه غصبها من وكيله لم تكمل البينة ، لأن الغصب منه غير الغصب من وكيله .

ولو قال أحدهما : غصبه من وكيله ، وقال الآخر : غصبه إياها ، ولم يقل غصبها منه ، كملت البينة بهما ، لأن المغصوب من وكيله مغصوب منه ، فلم تتناف (٦) الشهادتان .

مسألة

(١) ب : ولو .

(٢) جاء بعده في ج : (انه) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٥) (بهما) : من ب ؛ ساقطة من أ ، ج .

(٦) في جميع النسخ : (تتنافى) .

٢٩ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله (١) : و لو غصبه دابة ، فضاعت، فأدّى قيمتها ، ثم ظهرت ردّت عليه و ردّ ما قبض من قيمتها ، لأنه أخذ قيمتها على أنها فائتة، فكان الفوت قد بطل لما وجدت . و لو (*) كان هذا بيعا ما جاز أن تباع دابته (٢) عليه (٣) : كعين جني عليها فابيضت ، أو على سِنّ صبيّ فانقلعت ، فأخذ أرشها بعد أن يئس (٤) منها ، ثم ذهب البياض و نبتت السِّنّ ، فلما عادا رجع حقهما و بطل الأرش بذلك فيهما (٥) .

و هذا كما قال : إذا غصب عبداً فأَبَقَ أو بعيرًا فَشَرَدَ أو فرسا فقلى (٦) .
فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون رده ممكنا لمعرفة (٧) مكانه . والثاني (٨) : أن يكون رده ممتنعا للجهل بمكانه .

فان كان رده ممكنًا و مكانه معروفًا ، فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتزام المؤنة (٩) في رده (١٠) ، و لو كانت (١١) أضعاف قيمته / (١٠٦ /أ ـ ب)
كما

---

(١) ب : رضى الله عنه .
(*) ب : و لما .
(٢) ب ، المختصر : دابة .
(٣) المختصر: غائة .
(٤) المختصر: أيس .
(٥) انظر : المختصر ١١٨/٨، و ر : الأم ٢٥١/٣ .
(٦) ج : فقلى؛ أ، ب: نقلى. (٧) ج : بمعرفة .
(٨) ب ، ج : والضرب الثاني . (٩) جاء بعدها في ب: (انه) .
(١٠) (في رده) : ساقطة من ب . (١١) ج : (كان) .

كما يؤخذ بهدم بنائه، وإن كان أكثر(*) من قيمة الأرض المغصوبة أضعافاً(١).

فلو أمر الغاصب مالكها أن يستأجر رجلا لطلبها، فاستأجر رجلا، وجبت أجرته على الغاصب. ولو طلب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجرة الطلب (٢)، لأنه أمره باستئجار غيره، فصار متطوعاً بطلبه.

فان استأجر الغاصبُ مالكَها لطلبها بأجرة مُسَمّاةٍ، ففيه وجهان:
أحدهما: أنّ الإجارة(٣) جائزة، وله الأجرة المسماة، لأنه مالك لمنافع نفسه، فملك (٤) المعاوضة عليها.
والوجه الثاني: أَنّ الإجارة باطلة، ولا أجرة له، لأنه لا (٥) يصح أن يعمل في ماله بعوض على غيره (٦).

أ/٢٩ (فصل)

فان (٧) حصل (٨) منهما عُدُول (٩) عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه. والقسم الثاني: أن يطلبها المغصوب منه(١٠) ويمتنع الغاصب. والقسم الثالث: أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب.

فأما

(*) جاء بعدها في ج : (من قيمته وان كانت).
(١) ر : ص ٢٠٨ وما بعدها / ١١ ـ مسألة .
(٢) أ : (لطلب) ، ب ، ج : (الطلب).
(٣) جاء بعدها في أ : (غير)، ولم تثبت في ب ، ج .
(٤) ب : يملك .
(٥) (لا) : ساقطة من ج .
(٦) جاء بعدها في ب : والله أعلم .
(٧) ج : فاذا .
(٨) ب : جعل .
(٩) ساقطة من ج .
(١٠) ساقطة من ج .

فأما القسم الأول ــ وهو أن يبذل الغاصبُ قيمةَ العبد المغصوب ويطالب المغصوبُ منه بعبده ويمتنع من أخذ قيمته ــ : فالقول /(٢٩٢/ج) قول المغصوب منه ويُجبر الغاصبُ على طلبه والتزام مؤنته، لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه (١) .

وأما القسم الثاني ــ وهو أن يطلب (٢) المغصوبُ منه قيمةَ عبده ويمتنع الغاصبُ من بذلها ليرد (٣) العبد بعينه ــ فينظر / : (١٠٧/أ ــ أ)

فان كان العبد على مسافة (٤) قريبة يقدر على رده بعد زمانٍ يسيرٍ، فالقول قول الغاصب، ولا يجبر على بذل القيمة، لأن العبد المغصوب (*) مقدور عليه .

وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده، إلّا بعد زمان طويل، فالقول قول المغصوب منه، ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما (٥) استحقه عاجلاً .

فاذا أخذ القيمة و (٦) ملكها ملكًا مستقرًا، وملك الغاصب العبد ملكًا مُراعىً (٧) ليتملكه بعد القدرة عليه إن شاء، أو (٨) يتوصل به إلي ما أجبر على دفعه مِن القيمة إن شاء، لأنّ الإجبار يمنع مِن استقرار الملك بالإعواض (٩) .

فاذا قدر على العبد المغصوب، فهو حينئذٍ بالخيار بين أن يتملكه / (٦٣/ب) وبين أن يرده، ولا خيار للمغصوب منه، لأنّ المغصوب منه لما ملك الخيار في الابتداء لم يملكه في الانتهاء . والغاصب لما لم يملكه في الابتداء

ملكه

---

(١) انظر : الروضة ٥/٢٦ .
(٢) ج : يطالب .
(٣) ج : ليردها .
(٤) (على مسافة) : مكررة في ج .
(*) ب : المضمون .
(٥) ج : فأما .
(٦) (و) : لم تثبت في ب، ج .
(٧) ب : مراعى؛ أ، ج : مراعا .
(٨) (أو) : من ب، ج؛ وفي أ : (ان) .
(٩) انظر : الروضة ٥/٢٦ .

ملكه في الانتهاء. فان اختار أن يتملكه استقرّ حينئذ ملكه عليه باختياره. فان طلب القيمة، و لم يختر تملكه، قيل للمغصوب منه :

إنّ رددتَ القيمة، عاد العبدُ إليك، و لا أجرة لك (١) فيما مضى، لأنك تَمْلُكُهُ الآنَ ملكاً مستقرّا (٢)؛ و إن امتنعتَ مِن ردّ القيمة لم تجبر على ردها لأنك قد ملكتها.

و بيع العبدُ ليأخذ الغاصب مِن ثمنه ما دفعه من القيمة. فاذا بيع لم يخل الثمن مِن ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون بقدر القيمة، فيأخذه الغاصب كله.

والحال الثانية : أن يكون أكثر / مِن القيمة، فيأخذ الغاصب (١٠٧/أ ـ ب) منه قدر القيمة و يكون الفاضل للمغصوب منه (٣)، لأنها زيادة لم يستقرّ ملكه عليها (٤).

والحال الثالثة : أن يكون الثمن أقلّ مِن القيمة، فيأخذه الغاصب و يكون العجز عائدًا عليه لِضمانه (٥) نقص الغصب (٦).

وأما القسم الثالث ـ و هو أن يتّفق الغاصبُ والمغصوبُ منه على أخذ العوض عن العبد ـ : فهذا بيع محض (٧)، كعبد (٨) رأياه (٩) قبل العقد و لم يرياه في حال العقد.

و إذا (١٠) كان كذلك لم يخل حال رؤيتهما (١١) له مِن أن تكون قريبة أو بعيدة :

فان

---

(١) ساقطة من ج.
(٢) ب، ج : مبتدا.
(٣) جاء بعدها في ج : (قيمة).
(٤) ب : (ملك غيره عليها).
(٥) أ : (لمضمانه)؛ ب، ج : (لضمانه).
(٦) ب : نقيض العيب.
(٧) ب : مختص.
(٨) ج : لعبد.
(٩) ب : بعبد و اتاه.
(١٠) ب : وان.
(١١) ج : رؤيتها.

فان كانت رؤيتهما له قريبةً جاز أن يتعاقدا عليه (١) ، (٢ ثم يتراضيا ٢) به في ثمنه . وإن كانت رؤيتهما (٣) له بعيدةً لم يَخْلُ حالهما مِن أن يكونا ذاكرَيْن لأوصافه (٤ أو ناسِيَيْن :

فان نسيا أوصافه كان بيعه باطلاً ، إلاّ أن يكون بشرط خيار الرؤية (٥) ، فيكون على قولَيْن . و إن كانا ذاكرَيْن لأوصافه ٤) ، ففي جواز بيعه قولان (٦) لجواز تَغيُّرِه ، إلاّ أن يكون المغصوب ما لا يتغيّر بطول المدة كالحديد و الصُّفْر ، فيجوز (٧) بيعه قولاً واحدًا (٨) .

فهذا حكم الضرب الأول إذا كان ردّه ممكنا .

فصل

---

(١) جاء بعدها في أ : (وان كانت) ، وعليها إشارة تدل على أنها مشطوبة .

(٢) ب : (بما يتراضيان) ، ج : (ثم يتراضيان) .

(٣) ج : رؤيتها .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٥) قوله (الخيار) : " هو طلب خير الأمرين مِن إمضاء العقد أو فسخه " . (انظر : مغني المحتاج ٢ /٤٣) .

أما خيار الرؤية : فعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه : " ما يثبت لأحد العاقدَيْن عند رؤية محل العقد مِن الحق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد أو قبله " . (مختصر أحكام المعاملات الشرعية ـ العقد : ص ١٢٦) .

انظرتفصيل الكلام على أحكام " خيار الرؤية " في (المهذب وشرحه المجموع ٢٨٨/٩ وما بعدها ، والروضة ٣٦٨/٣ وما بعدها ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ١٨/٢ وما بعدها ، ونهاية المحتاج ٤١٧/٣) .

(٦) (قولان) : مكرر في ج .

(٧) ب : فهذا يجوز .

(٨) انظر : الروضة ٣٦٩/٣ كتاب البيع ،فصل : ... بيع الصفة ... وفي بيع الغائب قولان للشافعي رحمه الله : أصحهما : باطل ، وهو قوله الجديد . والثاني : يصح ، و هو قوله القديم .

انظر : الأم ٣٨/٣ ،ومختصر المزني ٧٥/٨ ، والإقناع للماوردى ص ٩١ ، والمهذب وشرحه المجموع ٢٨٨/٩ وما بعدها ،والروضة ٣٦٨/٣ وما بعدها ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ١٨/٢ ، ونهاية المحتاج ٤١٧/٣ .

ب/٢٩ (فصـــل)

وأما الضرب الثاني ـ وهو(١) أن يكون رده ممتنعا للجهل بمكانـه ـ :
فيؤخذ الغاصب جبرًا بقيمته أكثر ما كانت مِن وقت الغصب إلى فوات(٢) الرد(٣) .

فاذا أخذها المغصوب منه ، ففي استقـرار ملكه عليها وجهان لأصحابنـا :

أحدها : أَنّ ملكه عليها مسـتقـرّ لفوات الرّد / (٤) . (١٠٨/أ ـ أ)

والوجه الثاني : (~~أنـه يملكها~~) (٥) (٦ مـراعـًا لجواز القدرة ٦) على الرد .

فان وجد العبدَ المغصوبَ بعد أخذ قيمته ، فقد اختلفوا في حكمـه :

فذهب الشافعي (٧) و مالك (٨) إلى أنه باقٍ على ملك المغصوب منـه ،
يأخذه ويردّ مـا أخذ مِن قيمتـه .

و قال

---

(١) (وهو) : ساقطة من ج .
(٢) ب : وقت ، ج : فواد .
(٣) انظر : المهذب ١٤/٢٣٧ ، و ر : ص ١٠٨/ج/١ (فصل) .
(٤) و ممن قال بهذا الوجه الامام الشيرازى . (انظر : المهذب ١٤/٢٣٧) .
~~(٥) (أنه يملكها) : أضفتُها لما اقتضاه السياق .~~
(٦) ب : (من ادعى لجواز القدرة) .
(٧) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .
انظر قوله في (المختصر ٨/١١٨ ، والروضة ٥/٢٦ ، و ر : ص٣٦٧ من هذه الرسالة) .
و إلى قول الشافعي رحمه الله ذهب الحنابلة . (انظر : المغني ٥/٢٠٥ ـ ٢٠٦/ ٢٢/٣٩٢٢ ، و كشاف القناع ٤/١٠٩ ـ ١١٠ ـ فصل : وإنْ تلف المغصوب) .
(٨) ولم أقف في كتب المالكية التي اطلعتُ عليها على ما نسبه المؤلف إلى الامام مالك ؛ وإنما ذكر ابن القاسم رأيه في المسـألة ـ وهو موافق على رأى الحنفية ـ وتابعه في ذلك الخرشي وغيره مِن فقهاء المالكية . وبهذا يتبـين أنّ ما نسـبـه المؤلف إلى الإمام مالك رحمه الله خلاف ما جاء في كتب المالكية .
(انظر : المدونة الكبـرى ٥/٣٥١ ، والخرشي ، وحاشية الشيخ على العدوى بهامش الخرشـــي ٦/١٤٤) .
كما أَنّ ابن قدامة ذكر خلاف ما نسـبه المؤلف إلى الإمام مالك ، حيث قال :
" ... و لم يملك الغاصب العين المغصوبة ، بل متى قدر عليها لزمه ردها ، ويسترد قيمتها التي أدّاها . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة و مالك : يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردّها ، فيسـتردها ، وبين تضمينه إياها ، فيزول =

وقال أبو حنيفة : يكون العبد ملكًا للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا في قيمته . فان كانا قد تكاذبا فيها ، وأقرّ الغاصب بأقلّ منها ، وحلف عليها ، كان المغصوب منه أحقّ بالعبد حينئذ (١) .

استدلالاً بأنّ البدل (٢) إن كان في مقابلة مُبْدَلِه(*) كان استحقاق البدل موجبًا لتملك (٣ المُبْدَل (٤) ، كالبيع والنكاح : لما استحق على المشتري الثمن يملك المُثمَّن ٣) ، ولما استحق على الزوج المهر ملك البُضْع . كذلك الغصب (٥) : لما ملك المغصوبُ منه القيمةَ ملك الغاصبُ (٦ المغصوبَ . ولأنّ الجمع بين البدل والمُبْدَل مرتفع في الأصول (٧) ، وفي بقاء ملك ٦) المغصوب منه على العبد بعد (٨) أخذ قيمته جمع بينه وبين بدله . وذلك باطل (٩) ، كالبيع : لا يجوز أن يجتمع (١٠) له ملك الثمن والمثمن ، والزوجة لا يجوز أن يجتمع لها ملك المهر والبُضْع . ولأنّ ما أخذت قيمته للمغصوب

= ملكه عنها ، وتصير ملكًا للغاصب ، لا يلزمه ردّها ، إلاّ أن يكون دَفَعَ دُونَ قيمتها بقوله مع يمينه ...". (المغني ٥/٢٠٥ـ٢٠٦/٣٩٢٢) .

---

(١) انظر : البدائع : ٩/٤٤٢٥ـ٤٤٢٦ .

(٢) ج : المبدل .
(*) ب : مبدله ؛ أ ، ج : مبدل .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ب .
(٤) ج : المبد .
(٥) ب : الغاصب .
(٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٧) انظر : البدائع السابق .
(٨) ب : بين .
(٩) ب : تابع .
(١٠) ج : يجمح .

للمغصوب امتنح (١) بقاؤه على ملك (٢) المغصوب ، قياسًا على ما أمكن ردّه (٣) .

ودليلنا : قوله تعالى : ((لَا تَأْكُلُوا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِالْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ)) (٤) .

فما (٥) خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التمليك .

وروى قتادة عن الحسن / عن سمرة أَنَّ النبى صلى الله عليه (٦) (١٠٨/أ ـ ب) وسلم قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤدى " (٧) .

فجعل الأداءَ (٨) غاية الأخذ ، فاقتضى عمومُ الظاهر استحقاقَهُ في الأحكام كلها . ولأنَّ قدرة المعاوِض على ما عاوض عليه أَوْلى بصحة تملكه مِن العجز عنه (٩) . ثم ثبت أَنَّ / الغاصب لو (١٠) كان قادرًا على العبد (٢٩٣/ج) المغصوب

---

(١) ج : اجتمع . (٢) ساقطة من ج .

(٣) التفاصيل التي ذكرها المؤلف ضمن أدلة أبي حنيفة فلم أقف عليها في كتب الحنفية التي اطلعت عليها ، وإنما قالوا على النحو التالي كما ذكره الكاساني من فقهاء الحنفية ، وفيما يلي نصّه :

" ولو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن رده إلى المالك فالمغصوب منه بالخيار : إن شاء انتظر إلى أن يظهر ، وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته . ولو ضمنه قيمته ، ثم ظهر العبد ينظر : إن أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التي سمّاها ورضى بها أو بتصادقهما عليه أو بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين : فلا سبيل له على العبد عندنا ... " .

....

" ولو أخذ صاحبه القيمة بقول الغاصب بأن اختلفا في القيمة وقضى القاضي بالقيمة بقول الغاصب ويمينه ، ثم ظهر العبد ، ذكر في ظاهر الرواية : أنّ المغصوب منه بالخيار : إنْ شاء رضي بالمأخوذ وترك العبد عند الغاصب ، وإن شاء ردّ المأخوذ وأخذ العبد . لأنه تبين أنّ المأخوذ بحض بدل العين لا كُلّه ، فلم يملك بدل المغصوب بكماله فيثبت له الخيار ... " . (البدائع ٩/٤٤٢٥ـ٤٤٢٦) .

(٤) سورة النساء : ٢٩ .

(٥) ب : فان .

(٦) ب : رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٧) سبق تخريج الحديث في كتاب العارية . (ص ٣٦ ، رقم الهامش ٤) .

(٨) ج : الاد .

(٩) ساقطة من ج .

(١٠) ساقطة من ج .

المغصوب ، فكتمه وبذل قيمته لم يملكه · فاذا بذلها مع الحجز عنه فأولى أن لا يملكه · ويتحرر منه قياسان :

أحدهما : أن كُلّ ما لم يملك بالقيمة مع القدرة عليه ،فأولى أن لا يملك بالقيمة مع العجز عنه ؛ قياسًا عليه : إذا (١) كانت القيمة من غير نقد البلد ، أوكانت مِن نقد البلد ،فلم يقبض ·

والثاني : أن كل ما لم يملك بالقيمة مِن غير نقد البلد ،لم يملك بالقيمة / (٦٤/ب) مِن نقد البلد ؛ قياسًا على المكتوم · ولأنّ تملّك الشئ عن رِضى مالكه أشبه بالصحة مِن تملكه بكره مالكه · ثم ثبت أَنّهما لو تبايعا الآبقَ عن تراضٍ لم يملك ، فأَوْلى إذا صار إلى قيمته مع الإكراه (٢) أن لا (٣) يملك ·

و يتحرر مِن اعتلاله قياسان :

أحدهما : أنها معاوضة عن غير مقدور عليه ، فوجب أن لا يملك كالبيع ·

والثاني : أن ما لم يملك بثمن المراضاة ، فأولى أن لا يملك بقيمة الإكراه ، كأم الولد : إذا وجدها الغاصب بعد دفع القيمة · ولأنّ حكم الحاكم أبلغ في صحة التمليك مما (٤) لم ينفذ فيه حكم (٥) حاكم ·

فلما كان أخذ القيمة بحكم الحاكم عند تكاذبهما فيها (٦) واختلاف الغاصب عليها لا يوجب / تمليك المغصوب ،فأولى - إذا (٧) تجردت (٨) (١٠٩/أ-أ) لتصادقهما (٩) عليها عن حكم حاكم - أن لا يوجب ملك (١٠) المغصوب·

و يتحرر

---

(١) ب : ولو ·

(٢) (الاكراه) : صححت في ج على الهامش ·

(٣) ساقطة من ج ·

(٤) (مما) : من ب ؛ أ ، ج : (ما) ·

(٥) ساقطة من ج ·

(٦) ج : فيه ·

(٧) ساقطة من ب ·

(٨) ب : تجوزت ·

(٩) ج : لتصادمهما ·

(١٠) ب : (تملك) ، ج : (مالك) ·

و يتحرر مِن اعتلاله قياسان :

أحد هما : أنها غرامة إتلاف ، فوجب أن يمنح مِن الملك ، قياسًا على أخذ ها بحكم •

والثاني : أَنَّ ما لم يملك بالغرم عن حكم ، لم يملك بالغرم عن غير حكم ، قياسا على التالف قبل الغرم • ولأنّ كل بدل جاز المصير (١) إليه لفقد مُبْدَلِهِ(٢) كان وجود المُبْدَل مانعًا مِن التصرف في بدله كالمتيمم إذا وجد الماء ، و آكل الميتة إذا وجد الطعام ، ولأنّ كل بدل وجب بفوات مُبْدَلٍ كان عود المبدل موجبًا لسقوط البدل ، قياسًا على الجاني على عينٍ فابيضت ، ثم زال بياضها أو على يد فشلّت ، ثم زال شَلَلُها • ولأنّ ما أوجب ملك (٣) بدله تمليك مبدله كان امتناع ملك المبدل مبطلا لملك البدل كالبيع لا يملك به ثمن أمّ الولد ، لأنها لا تملك ، و يملك به ثمن غيرها مما يملك • فلما استوى في الغصب بدل ما يجوز أن يملك من الأموال ، و ما لا يجوز أن يملك من الأوقاف (٤) و أمهات الأولاد دل على أن ملك البدل فيه لا يوجب تمليك مبدله (٥) •

و بهذا يكون الانفصال عن دلائلهم ، فتأمله ، تجده مقنعا •

ثم المعنى في البيع الذى جعلوه أصلاً في الاستدلالين أَنَّ الثمن فيه موضوع للتمليك ، والقيمة في الغصب غير موضوعة (٦) للتمليك • ألا ترى : أَنَّ ثمن التالف لا يملك ، و قيمة التالف تملك • / (١٠٩/أ ـ ب)

و أما قياسهم على ما أمكن ردّه ، فالمعنى فيه أنه يصح (٧) بيعه و تمليكه (٧) ، و القيمة فيه بدل مِن الحيلولة دون الفوات (٨) •

فصل

---

(١) أ : (لنصير) ؛ ب ، ج : (المضير) • لعلها (المصير) كما أثبته •
(٢) ب : لتحد مبذله •

(٣) ساقطة من ج •
(٤) ب : الأوقات •
(٥) ب : مبدلها •
(٦) ب : مخصوبة •
(٧) ج : (تعيين تمليكه) •
(٨) ج : الوفات •

ج/٢٩ (فصــــل)

فاذا ثبت أَنَّ وجود (١) المغصوب بعد أخذ قيمته موجب لرده واسترجاع قيمته؛ فاذا استرده المغصوبُ منه رَجَعَ بنقصٍ إنّ كان فيه، وبنماءٍ إنّ حدث(٢) منه، وبأجرتــه إلى وقت أخذه لقيمتــه ٠

و في رجوعــه بأجرته بعد أخذ قيمته وجهان :

أحدهما : يرجع بها لبقائها (٣) على ملكه ٠

والثاني : لا يرجع بها لاعتــيــاضــه عليها بالقيمة (٤) ٠

ولعلهما مبنيان على اختلاف الوجهين في ملكه للقيمة، هل يكون مســتقــرًا أو مــراعــًا ؟ (٥) ٠

و لكن لو أَنَّ أجنبيًا - غير الغاصب - تصــرّف في المغصوب باستخدام العبد، و ركوب الدابة رَجَعَ المغصوبُ منه عليه بالأجرة وجــهــًا واحدًا ٠

و هل يكون مُخَــيَّرًا (٦) في الرجوع بها (٧) عليه و (٨) على الغاصب أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين :

إن قلنا : إنّ الغاصبَ ضامِن للأجرة كان له الخيار، و إن قلنا : إنه ليس بضامِنٍ، فلا خيار له؛ و يرجع بها على الراكب والمســتخدم وحده ٠

و إذا اســتحقّ المغصوبُ منه بعد رجوع المغصوب إليه مُطالبةَ الغاصب بما وصفناه؛ فان كان ما أخذه مِن القيمة مســتهلكًا : تقاضاه(٩)، و ردّ مِثْــلَ

البــاقــي

(١) ج : وجوب ٠
(٢) ب : قدر ٠
(٣) ب، ج : لبقائه ٠
(٤) ذكر الشيرازى الوجهين بدون ترجيح ٠ (انظر : المهذب ١٤ /٢٣٧- ٢٣٨) ٠
(٥) سبق ذكر الوجهين ٠ (ر : ص ٣٧٢ /ب/٢٩ (فصل)) ٠
(٦) ب : مجبرا ٠ (٧) ج : بهما ٠
(٨) ج : (او) ٠ (٩) ب : تقاصا ٠

الباقي منه .

وإنْ كان باقيًا في يده :

فان قيل : باستقرار ملكه عليه، فله أن يأخذ منه(١) قدر(٢) ما استحقه ، وعليه ردّ الباقي بعينه .

وإنْ قيل : إنّه مُراعًا(٣) لم يكن له أن يأخذ ذلك منه /، (١١٠/أ-أ) إلاّ برضى الغاصب ، لأنّ وُجودَ المغصوب قد رَفَعَ مِلْكَه عن القيمة، فصار كسائر (٤ أموال الغاصب ٤) ، لا يجوز أن يأخذ منها حقه إلاّ باذنه.

وإذا أمْكَنَ أنْ يصل (٥ إلى حقه منه ٥) وليس له أن يرتهن القيمة على أخذ الأجرة ، وله أن يرتهنها على أخذ النقص، لأنها بدل عن العين دون المنفعة . والله أعلم (٦) .

مسألة

(١) ساقطة من ج .

(٢) ب : بقدر .

(٣) ساقطة من ج .

(٤) ب : (الأموال والغاصب) .

(٥) ب : (منه الى حقه) .

(٦) قوله (والله أعلم) : لم يثبت في ب . وفي ج : (والله أعلم بالصواب) .

٣٠ ـ مسألة

قال الشافعي (١) : ولو باعه عبدا، وقبضه (٢) المشتري، ثم أقرّ البائع أنه غصبه من رجل . فان أقرّ المشتري نَقَضْنا البيعَ ورَدَدْناه (٣) / إلى ربّه، وإن لم (٦٥/ب) يُقِرّ فلا (٤) يُصَدَّقُ على إبطال البيع (٥) ويُصَدَّقُ على نفسه، فيضمن (٦) قيمته . فان (٧) ردّه المشتري بعيبٍ، كان عليه أن يسلّمه إلى ربّه المُقَرِّ له به (٨) .

وصورتها في رجل باع عبدًا على رجل، فادّعاه رجل ملكًا : ـ وإنّ البائعَ أخذه منه غصبا ـ فللبائع والمشتري أربعة أحوال (٩) :

أحدهما : أن يصدّقاه عليه، فيلزم المشتري تسليمه لبطلان البيع، وله أن يرجع / على البائع الغاصب بالثمن . (٢٩٤/ج)

و (١٠) الحال الثانية : أن يكذّباه عليه، فللمدّعي إحلافهما عليه معًا، إلاّ أنْ يكون له بينة، فيحكم (١١) بها وينتزع العبد مِن المشتري، ولا يرجع على البائع بالثمن، لأنه بتكذيب المشتري مُقِرّ (١٢) بأنه مظلوم بانتزاع العبد مِن يده غير مستحق للرجوع بثمنه .

والحال

---

(١) جاء بعده في ب : (رضى الله عنه)، وفي ج : (رحمه الله عليه) .
(٢) ج : فقبضه .
(٣) ب : فرددناه .
(٤) ب، المختصر : (فلا)؛ أ، ج : (ولا) .
(٥) ج : المبيع .
(٦) ب : ويضمن .
(٧) المختصر : وان .
(٨) انظر : المختصر ١١٩/٨ .
(٩) انظر : فتح العزيز ٢٨٩/١١، والروضة ٢٩/٥ـ٣٠ .
(١٠) (و) : ساقطة من ب . (١١) ب : ليحكم .
(١٢) ج : مقرا .

و (١) الحال الثالثة : أن يصدّقه المشتري وحده ويكذّبه البائع، فيلزم المشتري بتصديقه تسليم العبد إليه ،و لا رجوع له على البائع بالثمن، لأنّ قوله مقبول / على نفسه ، وغير مقبول على غيره ،وللمشتري (١١٠/أ ـ ب) إحلاف البائع ، و ليس للمغصوب منه إحلافه، لأنّ المغصوب منه بأخذ العبد قد وصل إلى حقه ؛ وإنما للمشتري إحلافه لأجل ما يستحقه من الثمن باعترافه .

و (٢) الحال الرابعة ـ وهي مسألة الكتاب ـ : أن يصدّقه البائع و يكذّبه المشتري ، فلا يقبل تصديق البائع على المشتري لارتفاع يده و حصوله حُكْماً في ملك غيره ، ويحلّف المشتري للمدّعي . ثم يرجع المدّعي بقيمته على الغاصب قولاً واحداً ، لأنه قد عاوض عليه .

فان[٣] عاد العبد إلى البائع بهبةٍ أو ميراثٍ أو ردٍّ بعيبٍ لزمه تسليمه إلى المغصوب منه، لأنه إنّما (٤) لم ينفذ إقراره فيه(٥) لحق المشتري، فاذا زال حقه لزمه ردّه و يسترجع منه قيمته .

ـــــــــــــــــــ مسألة

(١) (و) : ساقطة من ب .
(٢) (و) : ساقطة من ب .
(٣) ج : فاذا .
(٤) ساقطة من ب .
(٥) ساقطة من ج .

٣١ ـ مسـألـة

قال الشافعي (١): و لو (٢) كان المشتري أعتقه (٣)، ثم أقرّ هو و (٤) البائع أنه للمغصوب منه (٥) لم يقبل قول واحد منهما في ردّ العتق، و للمغصوب منه (٦) القيمة إن شاء أخذناها له من المشتري المُعتِق، و يرجع المشتري المُعْتِق (٧) على الغاصب بما أخذ منه، لأنه أقرّ أنه باعه ما لا يملك (٨) .

و (٩) هذا كما قال: إذا كان مشتري العبد قد أعتقه، ثم حضر مَنْ ادّعاه ملكًا ـ و إنّ البائع أخذه غصبًا ـ كلف البينة قبل سؤالهما بخلاف الحال قبل العتق، لأن نفوذ العتق يمنع مِن رفعه إلّا ببينة عادلة تشهد به .

فان (١٠) أقام بينة بطل العتق، و استرجع العبد، ورّد (١١) البائع الثمن على المشتري إنْ ادّعاه مِنْ غير / تكذيب المدّعي (١٢) (١١١/أ ـ أ)

(١٣ و إنْ لم يكن للمدّعي بينة ١٣) سئل البائع والمشتري حينئذ عن دعواه، و لا يخلو حالهما مِن الأحوال الأربعة: أحدهما

---

(١) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .
(٢) المختصر : فان .
(٣) ساقطة من ج .
(٤) (هو و) : لم يثبت في المختصر .
(٥) (منه) : لم يثبت في المختصر .
(٦) (منه) : من ب؛ ساقطة من أ، ج .
(٧) (المعتق) : لم يثبت في المختصر .
(٨) انظر : المختصر ١١٩/٨ .
(٩) (و) : ساقطة من ج .
(١٠) ب : و ان .
(١١) (رد) : صححت في أ .
(١٢) ب : للمدعي .
(١٣) ب : و ان انكر المدعي بينته .

أحدها : أن يكذباه، فله إحلافهما ولا شئ عليهما (١) .

و (٢) الحال الثانية : أن يصدقه البائع دون المشتري، فقول البائع فيه غير مقبول، لأنه قد صار في العبد بعد عتقه ثلاثة حقوق: حق المشتري في الملك، و حق العبد في التصرف، و حق الله تعالى في الحرية . وقول البائع غير مقبول في (٣) واحد منها (*) .

و إذا كان كذلك لزمه (٤) غرم القيمة للمغصوب منه بتصديقه له، وليس للمغصوب منه إحلاف المشتري، (٥ لأن حقه في القيمة وقد وصل إليها . فان أراد البائع إحلاف المشتري ٥)، نظر :

فان كانت القيمة بقدر ثمنه أو أقل فليس له إحلافه، لأن ما غرمه (٦) من القيمة قد وصل إليه من الثمن . وإن كانت القيمة أكثر من الثمن كان له إحلافه، لأنه لو صدقه على الغصب للزمه أن يدفع إليه باقي القيمة .

و (٧) الحال الثالثة: أن يصدّقه المشتري وحده، فالعتق لا يبطل، لأنه، وإنْ سقط حقه من الملك بالتصديق، فقد بقي حقان: أحدهما للعبد، والثاني لله سبحانه (٨)؛ وقوله غير مقبول في واحد منهما .

و إذا كان كذلك فعليه أن يغرم للمغصوب منه قيمة العبد، وليس للمغصوب منه إحلاف البائع، لأن حقه في القيمة، وقد وصل (٩) إليها من المشتري، إلاّ أن يغرم (١٠) بها المشتري، فيجوز له إحلاف البائع . فان أراد المشتري

احلاف

---

(١) ج : عليه .
(٢) (و) : ساقطة من ب .
(٣) جاء بعدها في ب : (حق) .
(*) في جميع النسخ : (منهما)، لعلها (منها) ليشمل الحقوق الثلاثة، كما دل عليه قول المؤلف في الحال الثالثة التالية .
(٤) ب : لزم .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب .
(٦) ج : عرفه .
(٧) (و) : ساقطة من ب .
(٨) ب، ج : تعالى .
(٩) ب : يصل .
(١٠) ب : يحسر .

إحلاف البائع فله ذاك على الأحوال كلها ، لأنه / لو صدقه (١١١/أ-ب) لوجب عليه رد الثمن كله .

و(١) الحال الرابعة : أن يصدقه البائع والمشتري ، فلا يقبل قولهما في إبطال العتق لبقاء حق العبد (٢) و حق الله تعالى (٢) . فان صدقهما (٣) العبد (٤) أيضًا لم يبطل العتق لبقاء حق الله تعالى وحده .

و إذا كان / كذلك فللمغصوب منه الخيار في الرجوع بقيمته على مَن (٥) (٦٦/ب) شاء منهما :

و إنْ رَجَعَ (٦) بها على البائع ، فان للبائع الرجوع بها على المشتري ، لأنها مضمونة عليه بالعتق ، إلّا أنَّ البائع قد أخذ منه الثمن . فان كان الثمن مِن غير جنس القيمة رَجَعَ بالقيمة و ردّ الثمن ، و إنْ كانت (٧) من جنسه تقاصّا و ترادّا الزيادة .

و إنْ (٨) رَجَعَ المغصوب بها (٩) ابتداءً على المشتري ، رَجَعَ المشتري على البائع بالثمن الذى قبضه دون القيمة .

مسألة

---

(١) (و) : ساقطة من ب .
(٢) ما بين القوسين لم يثبت في ج .
(٣) ب : (صدقه) ، ج : (صدقها) .
(٤) (العبد) : من ب ؛ ولم يثبت في أ ، ج .
(٥) ج : ما .
(٦) ب ، ج : (فان رجع) ، و هي مكررة في ج .
(٧) ج : كانا .
(٨) ب : فان .
(٩) ج : بها المغصوب .

٣٢ ـ مسألة

قال الشافعي (١) : ولو (٢) كَسَّرَ لِنَصْرانيّ صَلِيبًا، فإن كان يصلح لشئ من المنافع مُفَصَّلًا، فعليه ما بين قيمته مُفَصَّلًا و (٣) مَكْسُورًا، وإلاّ فلا شئ عليه (٤) .

أما (٥) الصليب فموضوع على معصيته لزعمهم أن عيسى بن مريم (٦) عليهما (٧) السلام (٨) قُتِلَ و صُلِبَ على مثله، فاعتقدوا إعظامَهُ طاعةً والتمسُّك به قربة (٩) . وقد أخبر الله تعالى تكذيبهم فيه ومعصيتهم به .

(١٠) فقال سبحانه (١١) : ((وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَٰكِن شُبِّهَ لَهُمْ (١٠))) (١٢)
و قال (١٣) تعالى (١٤) : ((وَمَا قَتَلُوهُ يَقِينًا بَل رَّفَعَهُ اللَّهُ إِلَيْهِ)) (١٥) .

وفيه تأويلان :
أحدهما : أنَّ الكناية راجعة إلى عيسى . وتقديره (١٦) : وما قتلوا عيسى يقينا .
والثاني

---

(١) جاء بعده في ب : (رضى الله عنه)، وفي ج : (رحمه الله عليه) .
(٢) المختصر : وان .
(٣) (و) : من ب، والمختصر؛ وفي أ، ج : (أو)، وجاء بها المؤلف فيما بعد كما وردت في ب، والمختصر . (ص ٣٨٧) .
(٤) انظر: المختصر : ١١٩/٨ .
(٥) ب : وأما .
(٦) (ابن مريم) : من ب، ج؛ ولم يثبت في أ .
(٧) (عليهما) : من ب؛ في أ، ج : (عليه) .
(٨) هو سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام .

(٩) انظر: اللسان ٥٢٩/١، مادة " صلب "، والنظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي بهامش المهذب للشيرازى ٣٨١/١ .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ج .
(١١) قوله (سبحانه) : لم يثبت في ب . (١٢) سورة النساء من الآية : ١٥٧ .
(١٣) ج : فقال . (١٤) لم يثبت في ب .
(١٥) سورة النساء من الآية : ١٥٧ـ١٥٨ (١٦) ب : وبقدرة .

والثاني : أنها كناية ترجع إلى (١) العلم (٢) به · وتقديره : وما قتلوا للعلم به يقينا من قولهم : / قتلت ذلك علما إذا تحققته (٣) · ومنه (١١٢/أ-أ) ما جاء الخبر (٤) به : قَتَلَتْ / أَرْضٌ جَاهِلَهَا وَقَتَلَ أَرْضًا عَالِمُهَا (٥) · (٢٩٥/ج)

فان لم يجاهرونا بالصليب لم يجز أن نَهْجُمَ عليهم في بيعهم وكنائسهم ، وأَقْرَرْنَاهُم على ما يعتقدونه من تعظيمه (٦) كما نُقِرُّهُم على كفرهم · وإنْ جَاهَرُونَا به وجب إنكاره ، ولم يجز أنْ نُقِرَّهُم على إظهاره (٧) ، ثم نظر : فان

---

(١) (ترجع الى) : ساقطة من ج ·

(٢) (العلم) : صححت في ج على الهامش ·

(٣) انظر تفسير الآية في (تفسير الطبرى ٦ / ١٢ وما بعدها ، وتفسير القرطبي ٦ / ٩-١٠ ، والنكت والعيون ١ / ٤٣٤-٤٣٥) ·

قد ذكر المؤلف في تفسيره المسمى ب "النكت والعيون" للآية ثلاثة تأويلات ، وفيما يلي نصه :

" أحدها - أنهم كانوا يعرفونه فألقي شبهه على غيره ، فظنوه المسيح فقتلوه ····

والثاني - أنهم ما كانوا يعرفونه بعينه وإن كان مشهورًا فيهم بالذكر ، فارتشى منهم يهودى ثلاثين درهمًا ودلّهم على غيره موهما لهم أنه المسيح فشبّه عليهم ·

والثالث - أنهم كانوا يعرفونه فخاف رؤساؤهم فتنة عوامهم ، فان الله منعهم عنه فعمدوا إلى غيره فقتلوه وصلبوه وموهوا على العامة أنه المسيح ليزول افتتانهم به " ·

(٤) أ ، ج : (الحديث) ، ب : (الخبر) ·

(٥) ب (أرض عالمها) ·

(٦) ب : تحليمه ·

(٧) انظر : شرح كتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني ، ٤/١٥٣٢ ، رقم الفقرة ٣٠١١ ·

(٥) ما ذكره المؤلف من أمثال العرب · قوله (قتلت أَرْضٌ جَاهِلَهَا) : يُضْرب لمن يباشر أمرا لا علم له به · وقوله (قَتَلَ أَرْضًا عَالِمُهَا) : يُراد به أن الرجل العالم بالأرض عند سلوكها يُذَلِّل الأرضَ ويغلبها بحلمه · يُضْرب في مدح العلم ·

انظر : مجمع الأمثال ، لأبي الفضل الميداني بتحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم ، ٢/٥٠٤ ، رقم التسلسل : ٢٩٠٨ ، ٢٩٠٩ ·

فان كان الإمام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم تَرْكَ مجاهرتنا به ، جاز في الإنكار عليهم أن نحمل إلى تفصيل الصليب و كسره رَفْعًا لِما أظهروه مِن المعصية به .

و إن لم يشترط (١) ذلك عليهم في عقد جزيتهم ، وجب أنَّ نقتصر على الإنكار عليهم في المجاهرة به (٢) ، و لا نتجاوز في الإنكار إلى كسره ، إلاّ أنْ يقيموا بعد الإنكار على إظهاره ، فيكسر عليهم كسرًا لا يوجب ضمانًا و لا غرمًا .

فاذا تَقَرَّرَ هذا ، و كَسَرَ رجلٌ على نصرانيٍّ صليبًا (٣) ، نظر (٤) :

فان كان قد فَصَلَهُ وأزاله عن شكله ولم يتجاوز (٥) إلى كسر خشبه ، فلا شئ عليه ، لأنه قد أزال معصية ولم يتلف مالاً .

و إنّ كَسَرَهُ حتى صار خشبه فُتَاتًا (٦) :

فان كان لا ينتفع به في غير الصليب و لا يصلح إلاّ له ، فلا شئ عليه (٧) ، سواء كان كاسره مسلمًا أو نصرانيًا . و كذا لو كان يصلح مكسورًا (٨) لِما يصلح له صحيحًا مِن وقود النار ، فلا شئ عليه ، لأنه أزال المعصية عنه .

و ان

(١) ب ، ج : (يشترط) ؛ أ : (يشرط) .
(٢) ساقطة من ب .
(٣) انظر : فتح العزيز ١١/٢٦٠ ، والروضة ٥/١٧ .

(٤) ساقطة من ج .
(٥) ج : الى كسره .

(٦) قوله (فُتاتا) : ـ بضم الفاء ـ من الشئ : ما تكسّر منه وتساقط. (انظر : اللسان ٢/٦٥ ، و المعجم الوسيط ٢/٦٧٨ ؛ مادة "فتت") .

(٧) انظر : المنهاج مع شرحه مغني المحتاج ٢/٢٨٥ .
(٨) ب : مكسرا .

و إنْ كان ينتفع به مُفَصَّلاً (١) و يصلح لِما لا يصلح له (٢) مُكَسَّرًا ضمن (٣) ما بين قيمته مُفَصَّلاً و مكسرًا (٤)، (٥ لأنه أزال ٥) مع المعصية نفعًا مُباحًا / ، فلم يكن سقوط الضمان عن المعصية (١١٢/أ-ب) موجبًا لسقوطه عن الإباحة .

و هكذا حال (٦) الطنبور والمزمار في (٧) الملاهي المحرّمات - إنْ فصل خشبها - ، فلا ضمان . و إنْ كسره (٨)، فان كان لا يصلح إلّا لها فلا ضمان ، و إنْ كان يصلح لغيرها ضمن ما بين قيمته مفصّلاً و مكسّرًا (٩) (١٠) .

مسألة

---

(١) ب : منفصلا .
(٢) ج : اليه .
(٣) ساقطة من ب .
(٤) ب : مكسورا .
(٥) ج : لانه الازالة .
(٦) ب : ((قال)) . وجاء بعده على الهامش: (في حقهم) .
(٧) ب : و .
(٨) ب : كسر .

(٩) جاء بعده في ج : و الله أعلم بالصواب .

(١٠) انظر : فتح العزيز ١١ / ٢٥٩، والروضة ٥ /١٧-١٨ ، والمنهاج ٢/٢٨٥ .

٣٣ ـ مسألة

قال الشافعي (١) : فان (٢) أراق له خمراً أو قتل له خنزيراً فلا شئ عليه (٣)، ولا قيمة لِمُحَرَّم، لأنه لا يجرى عليه مُلْكٌ (٤)• إلى آخر الباب (٥) •

أما التمسك بالخمر والخنزير فمعصية • والقول فيهما (٦) كالقول في الصليب، ولا شئ على متلفهما (٧) مسلماً كان أو ذمياً ؛ على (٨) مسلم أتلفه (٩) أو على ذمي (١٠) • ويُعَزَّر إنْ هَجَمَ بإتلافه (١١) على منازلهم أو بيعهم • وقال

---

(١) جاء بعده في ب : (رضى الله عنه) ،وفي ج : (رحمه الله عليه) •

(٢) المختصر : وان •

(٣) ب : له •

(٤) انظر : مختصر المزني ٨/١١٩ •

(٥) قوله (إلى آخر الباب) : أى إلى آخر كتاب الغصب من مختصر المزني • وفيما يلي نصّ كلام الشافعي ـ رحمه الله ـ كما جاء في مختصر المزني :

" واحتج على من جعل له قيمة الخمر والخنزير، لأنهما ماله • فقال : أرأيت مجوسيا اشترى بين يديك غنما بألف درهم، ثم وقذها كلها، ليبيعها فخرقها مسلم أو مجوسي • فقال لك : هذا مالي، وهذه ذكاته عندى، وحلال في ديني، وفيه ربح كثير، وأنت تقرّني على بيعه وأكله وتأخذ مني الجزية عليه، فخذ لي قيمته • فقال : أقول ليس ذلك بالذى يوجب لك أن أكون شريكا في الحرام ولا حق لك • قال : فكيف حكمت بقيمة الخنزير والخمر، وهما عندك حرام " ؟ (المختصر ٨/١١٩) •

(٦) (فيهما) : من ب ؛ أ ، ج : (فيه) •

(٧) (متلفهما) : من ب ، ج ؛ أ : (متلفها) •

(٨) (على) : صححت في ب فوق السطر •

(٩) قوله (أتلفه) : هكذا في جميع النسخ ، وما اقتضاه السياق أن تكون : (أتلفهما) •

(١٠) انظر : المهذب ١٤/٢٧٥ ، والوجيز وشرحه فتح العزيز ١١/٢٥٨ ، والروضة٥/١٧ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٢٨٥ •

وإلى قول الشافعي ذهب الحنابلة • (انظر : المغني ٥/٢٢٢ـ٢٢٣/ ٣٩٤١ ، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٣٢ـ٤٣٣ ، وكشاف القناع ٤/١٣٢ـ١٣٣) •

(١١) قوله (باتلافه) : هكذا في جميع النسخ ، وما اقتضاه السياق أن تكون : (باتلافهما) •

وقال أبوحنيفة (١): إن أتلفها (٢) على مسلم لم يضمن المُتْلِفُ مسلمًا كان أوذميًا (٣)، و إن أتلفها (٤) على ذمي ضمنها (٥) المتلف مسلمًا كان أو ذميا . فان(*) كان مسلمًا ضمن قيمة الخمر (٦) والخنزير، وإن كان ذميًا ضمن (٧) مثل الخمر و قيمة الخنزير (٨) .

استدلالاً في وجوب ضمانها للذمي (٩) بما (١٠) روى أنّ عمر بن الخطاب (١١) رضى الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعرى (١٢) - و قيل إلى سَمُرة بن جُندب (١٣) - في(+) خُمُور أهل (١٤) الذمة : وَلُّوهُم (١٥) بَيْعَها

و خذ

---

(١) و إلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - ذهب المالكية .. و قيل : مثل قول الشافعي رحمه الله . قال ابن الجزى الكلبي من فقهاء المالكية : "... فان أظهروا الخمرَ أرقناها عليهم، و إن لم يظهروها وأراقها مسلمٌ ضمنها . وقيل : لا يضمن" .

انظر : القوانين الفقهية ص ١٦٢ كتاب الجهاد - الباب التاسع في أخذ الجزية من أهل الذمة ... - المسألة الثالثة ، و الخرشي ٣/١٤٩ أحكام الجهاد - فصل في الجزية .

(٢) ب : تلفها . (قوله) : (أتلفها) : و ما اقتضاه السياق أن تكون : (أتلفهما) .

(٣) ج : نصرانيا .

(٤) قوله (أتلفها) : الكلام فيها مثل ما قلنا فيماسبق ، رقم (٢) .

(٥) قوله (ضمنها) : هكذا في جميع النسخ ، و ما اقتضاه السياق أن تكون : (ضمنهما) .

(*) قوله (فان) : صححت في ب فوق السطر .

(٦) قال السرخسي من فقهاء الحنفية : وهو مَرْوِيٌّ عن شريح . (انظر : المبسوط ١١/٣٥) .

(٧) ب : فهو .

(٨) انظر : المبسوط ١١/٥٣ ، ٩٦ ، ١٠٢ وما بعدها ، والبدائع ٩/٤٤١٢-٤٤١٣ ، و الهداية (ومعها : شرح العناية على الهداية ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير) ٩/٣٥٨-٣٥٩ ، والاختيار ٣/٦٥ ، و تبيين الحقائق ٥/٢٣٤-٢٣٥ .

(٩) ب : لذمي . (١٠) ب : لما .

(١١) تقدمت ترجمته . (ص ١١٢) . (١٢) تقدمت ترجمته . (ص ٢٩٤) .

(١٣) تقدمت ترجمته . (ص ٣٦) .

(+) جاء بعدها في ب كلمة غير واضحة لعلها (ببيع) .

(١٤) قوله (أهل) : صحح في ب فوق السطر بخط يختلف عن خط الناسخ .

(١٥) ورد في جميع النسخ : (ان ولهم) ، والصحيح ما أثبته ، والتصحيح من الكتب التي تناولت الأثر) .

و خذو⊕ العشر مِـن أثـمـانـهـــا (١) ·

فكان الدليل فيه من وجهـين :

أحدهما : أنه (٢) جعل لها أثمانًا و العقدَ عليها صحيحًا ·

والثاني : أخذ العشر منها · و لو حرمت أثمانها لحرم عشرها (٣) ·

قـا ل

⊕ وردت في جميع النسخ : (خذ) ، صححتها كما وردت الكلمة في المصادر التي تناولت الأثر .

(١) لم أقف على مَن خرج بأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعرى أو إلى سمرة بن جندب في خمور أهل الذمة فيما اطلعت عليه في مظانه من كتب السنة والمسانيد ·

و الأثر ذكره محمد بن الحسن الشيباني في " شرح كتاب السير الكبير " (٥/ ٢١٤٣ ، رقم ٤٥٥٥ _ باب عشور أهل الحرب ···) بدون إسناد بلفظ : " وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا ، و خُذُوا نصف العشر مِن أثمانها " · (أي الخمر) ·

وذكره أيضًا أبو يوسف بدون إسناد بلفظ : " وَلُّوها أربابها فليبيعوها وخذوا منهم أثمانها " · (الخراج ص ١٣٢) ·

و ذكر أبو عبيد في " كتاب الأموال " (ص ٢٦٢ ، رقم ١٢٦) ··· عن سويد بن غفلة : أنّ بلالاً قال لعمر بن الخطاب : إنّ عُمالك يأخذون الخمر والخنازير في الخراج · فقال : لا تأخذوا منهم ، ولكن ولّوهم بيعها ، و خذوا أنتم من الثمن " ·

قال البيهقي : " و أما الذى يروون عن عمر رضى الله عنه في توليتهم بيع الخمر ، فهو مذكور في كتاب الجزية باسناد منقطع في إنكار عمر رضى الله عنه على من خلط أثمان الخمر والخنزير بمال الفئ ، و تأويل سفيان بن عيينة قول عمر رضى الله عنه بتخليتهم من بيعها ، وليس في ذلك اذن مِن عمر في توليتهم بيعها " ·

(السنن الكبرى ٦/ ١٠٢ الغصب _ باب من أراق ما لا يحل الانتفاع به ··· ، و ٩/ ٢٠٥_٢٠٦ كتاب الجزية _ باب لا يأخذ منهم الجزية خمرا ولا خنزيرا) ·

قد عقبه ابن التركماني ، فقال :" " قد جاء ما يرد هذا ، و أنه اذن بتوليتهم بيعها " ·

ثم نقل ابن التركماني عن ابن حزم أنه روى قول عمر رضى الله عنه عن سويد ابن غفلة ، و ذكر أنه صححه · و هو نفس القول الذى رواه أبي عبيد عن سويد بن غفلة ، والذى سبق ذكره آنفا ·

(انظر : الجوهر النقي بذيل السنن الكبرى ٦/ ١٠٢) ·

(٢) (انه) : في جميع النسخ : (ان) ، لعل الصحيح (انه) كما صححناه ·

(٣) ب : لحرمة عينها ·

قال : ولأنه مُتَمَوَّل في عرفهم(١) ، فوجب أن يكون مضموناً بإتلافه عليهم، قياساً / على غيره(٢) من أموالهم(٣) . (١١٣/أ-أ)

قالوا : / ولأنه مِن أَشْرِبَتِهم المباحة، فوجب أن يكون مضمونا(٤) (٦٧/ب) بالإتلاف كسائر الأشربة(٥) .

قالوا : ولأن ما استباحوه(٦) شرعًا (٧ ضمناه لهم ، وإنْ منعنا منه شرعًا ٧) ، قياسًا على بُضْع المجوسية يضمنه المسلم بمهر المثل في الشبهة(٨) .

قالوا : ولأن ما كان مُتَمَوَّلاً عند مالكه ضمن بالإتلاف ، وإنْ لم يتموّل عند متلفه ، قياسًا على المصحف إذا أتلفه ذميّ على مسلم(٩) .

ودليلنا : رواية يزيد بن أبي حبيب(١٠) عن عطاء(١١) عن جابر

---

(١) انظر : البدائع ٤٤١٣/٩، والاختيار ٦٥/٣، وشرح العناية ٣٥٨/٩-٣٥٩، وتبيين الحقائق ٢٣٥/٥ .

(٢) ب : غيرهم .

(٣) انظر : شرح كتاب السير الكبير ٢١٤٣/٥/٤٥٥٥، والمبسوط ١٠٢/١١ .

(٤) ب : مضمونة .

(٥) انظر : البدائع ٤٤١٣/٩، والاختيار ٦٥/٣ .

(٦) ج : لساحروه .

(٧) ما بين القوسين من ب، ج ؛ وهي ساقطة من أ .

(٨، ٩) لم أقف على هذين القياسين في مظانه فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية .

(١٠) هو يزيد بن أبي حبيب ، واسمه سويد الأزدي مولاهم، أبو رجاء المصري، وقيل غير ذلك في ولائه ، مفتي أهل مصر في صدر الإسلام. روى عن نافع وعكرمة وعطاء وغيرهم ... وروى عنه سليمان التيمي وابن لهيعة والليث وآخرون ... وثقه ابن حبان وغيره ... توفي سنة (١٢٨ هـ) على الخلاف .
انظر ترجمته في (مشاهير علماء الأمصار ص١٢٢ ، والكاشف ٢٧٥/٣/٦٣٩٥ ، وتذكرة الحفاظ ١٢٩/١/١١٦، وشذرات الذهب ١٧٥/١) .

(١١) تقدمت ترجمته . (ص ٣٠) .

جابر (١) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة: "إن الله تعالى (٢) ورسولَهُ حَرّم بَيْعَ الخَمْرِ (٣)، وبيعَ الخنازير، وبيعَ الأصنام، وبيعَ الميتة. فقال رجل: يا رسول الله، ما ترى (٤) في شُحُومِهَا، فإنها (٤) يُدّهَنُ بها السُّفُنُ وَيَسْتَصْبِحُ (٥) بها (الناسُ) (٦)؟ فقال (٧): قاتل اللهُ اليهودَ حَرَّمَ عليهم شُحُومَهَا، فَجَمَلُوهَا (٨) فَبَاعُوهَا" (٩).

فدل

(١) هو جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام الأنصارى السَّلَمي المدني، يُكنى أبا عبد الله وأبا عبد الرحمن وأبا محمد، صحابي جليل، من أهل بيعة الرضوان، غزا تسع عشرة غزوة. كان من المكثرين في الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فروى عنه جماعة من الصحابة، وإذا أطلق (جابر) في كتب الحديث والفقه، فهو المقصود. توفى سنة (٧٧ هـ) على رأى ابن الأثير، وقيل غير ذلك.

انظر ترجمته في (الكامل لابن الأثير ٤٤٧/٤، وأسد الغابة ٣٠٧/١/٦٤٧، والبداية والنهاية ٢٢/٩، والإصابة ٢١٣/١/١٠٢٦).

(٢) ب: تبارك وتعالى.

(٣) (الخمر): صححت في ج على الهامش.

(٤) (في شحومها، فانها): من أ، ب: (في شحوم الميتة فانه)، ج: (في الشحوم فانها).

(٥) أ، ب: (يصطبح)، ج: (بطح). والصحيح ما أثبتناه، والتصحيح من كتب الحديث.

(٦) (الناس): من صحيح البخارى وصحيح مسلم، ولم يثبت في أية نسخة من النسخ الثلاثة.

(٧) جاء بعده في ج: (صلى الله عليه وسلم).

(٨) ساقطة من ب.

(٩) أخرجه الجماعة إلا الموطأ بسنده وبما يقرب من لفظه. وفيما يلي نصّ الحديث عند البخارى ومسلم:

عن جابر بن عبد الله ـ رضى الله عنهما ـ أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح، وهو بمكة: إنّ اللهَ ورسولَه حرّم بيعَ الخمر والميتة والخنزير والأصنام. فقيل: يا رسول الله، أرأيتَ شُحُومَ الميتة؟ فانها يُطْلَى بها السُّفُن ويُدْهَن بها الجُلُود ويَسْتَصْبِحُ بها الناسُ. فقال: لا، هو حرام. ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: قاتَلَ اللهُ اليهودَ، إنّ اللهَ لمّا حرم (عليهم ـ عند مسلم ـ) شُحُومَها جَمَلُوهُ (أَجْمَلُوهُ ـ عند مسلم)، ثُمَّ باعُوهُ فأكلُوا ثمنَهُ.

انظر: صحيح البخارى ٤٣/٣ البيوع ـ باب بيع الميتة والأصنام، وصحيح مسلم بشرح النووى ٥/١١ ـ ٦ المساقاة ـ باب تحريم بيع الخمر والميتة =

فدَلّ تحريمه لبيعه(١) على تحريم ثمنه وقيمته ، ولأنّ المرجوع في كون الشئ مالاً إلى صفتـه ، لا إلى صفة مالكه ، لأنّ صفات الشئ قد تختـلف، فيختلف (٢) حكمه في كونـه مالاً (٣ ويختلف مالكوه فلا يختلف حكمه فـي كونـه

= والخنزير والأصنام . وانظر أيضًا : جامع الأصول في أحاديث الرسول ١ /٤٤٧-٢٦٢/٤٤٨ البيوع- النجاسات من حرف الباء .

قوله (يُطلَى بها السُّفُن) : جاء في رواية أحمد : " يدهن بها السفن " . (المسند ٢ /٢١٣، ٣ /٣٢٤، ٣٢٦).

وقوله (يستصبح بها الناس) : أي يُشعِلون بها سُرُجَهُم. (انظر : النهاية ٣ /٧، مادة " صبح " ، وجامع الأصول ١ /٤٤٩).

وقوله (لا ، هو حرام) : قال النووي رحمه الله : " معناه : لا تبيعوها ، فان بيعَها حرام . فالضمير في " هو " يعود إلى البيع، لا إلى الانتفاع، هذا هو الصحيح عند الشافعي وأصحابه، أنه يجوز الانتفاع بشحوم الميتة في طلى السفن والاستصباح وغير ذلك ليس بأكل ، ولا في بدن الآدمي . وأكثر العلماء حملوا قوله " هو حرام " على الانتفاع، فقالوا : يحرم الانتفاع بالميتة أصلاً ، إلاّ ما خصّ بالدليل وهو الجلد المدبوغ". (شرح صحيح مسلم ١١ /٦).

قال النووي أيضاً : " قال أصحابنا : العلة في منع بيع الميتة والخمر والخنزير النجاسة ، فيتعدّى إلى كل نجاسة. والعلة في الأصنام كونها ليس فيها منفعـة مباحة. فان كانت بحيث إذا كسرت ينتفع برضاضها ففي صحة بيعها خلاف مشهور لأصحابنا : منهم مَن منعه لظاهر النهى وإطلاقه ، ومنهم مَن جوّزه اعتقاداً على الانتفاع ، وتأول الحديث على ما لم ينتفع برضاضه أو على كراهة التنزيه فـي الأصنام خاصـة .

وأما الميتة والخمـر والخنزير فأجمع المسـلمون على تحريم بيع كل واحـد منها . والله أعلـم .

وقال القاضي عياض : تضمن هذا الحديث أنّ ما لا يحل أكله والانتفاع به لا يجوز بيعه ولا يحل أكل ثمنه كما في الشُّحُـوم المذكورة في الحديث". (المصدر نفسـه ١١ /٦-٧).

وقوله (جملوه - أجملوه) : قال ابن الأثير في " النهاية " (١ /٢٩٨ ، مادة " جمل " : " جملت الشحم وأجملته : إذا أذبتـه واستخرجت دُهْنَـه . و (جملت) أفصح مِن (أجملت) " .

---

(١) ب : لبيعها .   (٢) ساقطة من ب .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب .

كونه مالاً [٣] كالحيوان : هو مال لمسلم وكافر، ثم لو مات خرج مِن أن يكون مالاً لمسلم أوكافر ، [١ ثم لو دبغ جلده صار مالاً لمسلم و كافر . فلمَّا لم تكن الخمر والخنزير مالاً لمسلم لم يكن مالاً لِكافر ١] . ولا يدخل عليه مال الحربي ، لأنه مال / والسَّبْيُ سَبَبٌ لملكه .

و يتحرر مِن اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

أحدهما : أنَّ كُلَّ (٢) ما لم يكن مالاً (٣) مضموناً [٤ في حق المسلم، لم يكن مالاً مضموناً ٤] في حق الكافر كالميتة والدم . وإنْ شئتَ قلتَ: كلّ عين لم يصحّ أن تشتغل ذمة المسلم بثمنها ، لم يصحّ أن تشتغل ذمة الكافر (٥) بقيمتها ، أصله ما ذكرنا .

والثاني : أنّ ما لم يستحقه (٦) المسلمُ مِن عِوَضِ الخمر (٧) ،لم يستحقه الكافر كالثمن، [٨ ولأنه شراب ٨] مسكر، فوجب أن لا يستحق على مُتلِفِهِ قيمة ، كما لو أتلفه على مسلم . ولأنّ كل عينٍ لم يضمنها المسلم بإتلافها على المسلم، لم يضمنها بإتلافها على الكافر كالعبد المرتد . و لأنّ ما استبيح الانتفاعُ به مِن الأعيان النجسة إذا لم يملك الاعتياض عليه كالميتة ، فما حرم الانتفاع به مِن الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه (٩) .

و تحريره قياسا : أن ما حرم نفعًا (١٠) فأولى أن يحرم عوضًا ، قياسا عليه مِن كافر على مسلم، / ولأنّ تقويم الخمر للكافر على المسلم يقتضي (٢٩٦ /ج) في

(١) ما بين القوسين تكرر في أ .
(٢) ساقطة من ج .
(٣) (لم يكن مالا) : مكررة في ب .
(٤) ما بين القوسين ساقط من ب .
(٥) أ ، ب : (المسلم) ، ج : (الكافر) ، صححت في ج تحت السطر .
(٦) ب : لا يستحقه .
(٧) (الخمر) : من ب ، ج ؛ أ : (الحكم) .
(٨) ب : ولا شراب .
(٩) ساقطة من ج .
(١٠) ب : نسا .

في التقويم تفضيل الكافر على المسلم، فلم يصحّ اعتبارا بقدر القيمة (١ لما لم يقتض(١) اختلافهما في الدين اختلافًا فيه. (٢ كذلك الجنس لا يقتضي اختلافهما في الدين اختلافًا فيه(٢).

و تحريره قياسا: أنّ ما استويا فيه قدرا استويا فيه جنسا كالأموال إثباتا و المقدرات إسقاطا.

فأما الجواب عن حديث عمر رضي الله عنه، و قوله (٣): " ولهم (٤) بيعها وخذ العشر من أثمانها"، فمن وجهين:

(١١٤/أ-أ)

أحدهما: أنّ / معناه: إن ولّهم ما تولّوه من بيعها، ولا يعترض عليهم فيما استباحوه منها (٥). " و خذ العشر من أثمانها": أي (٦) من أموالهم إن (٧) خالطت أثمانها، بدليل ما أجمعنا (٨) عليه من بطلان ثمنها (٩).

والثاني: أنه محمول على العصير الذى يصير خمرًا، لإجماعنا وإيّاهم على تحريم بيعها خمرًا و إباحته عصيرًا (١٠).

و أما

---

(١) ج: و لأن ما لم يقتض.

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب.

(٣) ج: فقوله.

(٤) ورد في جميع النسخ: (ولهم)، وقد ذكره المؤلف فيما سبق، بلفظ (ان ولهم)، والصحيح (ولّوهم) كما أشرنا إليه سابقا. (ر: ص ٣٨٩، رقم الهامش ١٥).

(٥) ساقطة من ج.

(٦) ب: ان.

(٧) ج: و ان.

(٨) ب: اجمعت.

(٩) انظر تفصيل الكلام على أنّ ثمن الخمر باطل في (الاختيار ٢/ ٢٣، و الهداية وشرحها فتح القدير ٦/ ٤٠٢ وما بعدها (البيوع - باب البيع الفاسد)، والروضة ٣/٣٤٨ وما بعدها، ومغني المحتاج ٢/ ١١ (كتاب البيع).

(١٠) انظر: الاختيار ٤/ ٩٩ وما بعدها (كتاب الأشربة).

و أما قياسهم على سائر أموالهم ــ بعلة أنه متموّل في عرفهم ــ : فمنتقض بالعبد المرتد ، وبما ذكره الشافعي (١) مِن مَوْقُوذَةِ (٢) المجوسي إنْ (٣) سَلَّمُوه (٤) (٥) .

ثم المعنى في سائر أموالهم وفي الأشربة التي جَعَلُوَها أصلاً لثاني قياسهم ، أنه مضمون في حق المسلم ، فكان مضموناً في حق الكافر ؛ أو نقول : لأنه مما يجوز أن يشتغل ذمة المسلم بثمنه ، فجاز أن يشتغل ذمته بقيمته ؛ والخمر مفارق (٦) لها في هذين (٧) المعنيين .

وأما قياسهم على بُضْع المجوسية ، فالمعنى فيه أنّ الأبضاع مضمونة بالشبهة فيما يحلّ ويحرم . ألا ترى : أنّ الأم تستحق المهر عند إصابتها بالشبهة كما تستحق الأجنبية ، وليس كذلك حكم (٨) الأعيان استشهاداً في الطرد والعكس بالمباح منهما والمحظور .

و أمّا قياسهم على المصحف ــ بعلة أنه متموّل عند مالكه (٩) ــ : فالجواب عنه استشهادنا (١٠) بأصلهم في المصحف في أنّ الاعتبار باعتقادنا (١١) دون اعتقادهم

---

(١) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .

(٢) قوله (موقوذة) : أى مضروبة حتى تموت ولم تذك . أى أنّ الشاة تضرب حتى تموت ثم تؤكل . (انظر : تهذيب اللغة ٢٦١/٩ ، مادة " قذف " ، باب القاف والذال) .

(٣) ساقطة من ب .

(٤) ب : أسلموه .

(٥) انظر قول الشافعي في موقوذة المجوسي في (مختصر المزني ٨/ ١١٩ ، و ر : ص ٣٣/٣٨٨ــ مسألة ، رقم الهامش ٥) .

(٦) ج : مفارقا . (٧) (في هذين) : مكررة في ج .

(٨) ساقطة من ج . (٩) (مالكه) : من ب ؛ أ ، ج : (مالك) .

(١٠) ج : استشهادا . (١١) ب : باعتقاد .

اعتقادهم، فصار استدلالاً ٠

أما النصّ فقوله تعالى : ((وَ أَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ)) (١) ٠

وأما استدلالهم (٢) / بالمصحف (٣) فَلمَا (٤) اعتقدناه (٥) (١١٤/أ ـ ب) مالاً كان مضموناً لهم وعليهم، و إنّ لم يعتقدوه (٦) مالاً ٠ أَوَ لاَ تَرَى : لو (٧) أنّ مسلمًا ذبح على يهودى شاة /(** فهو يعتقدها (٨) ميتة (٦٨/ب) لا يملك عنها عوضاً ونحن نعتقدها مالاً نوجب بإتلافه عوضاً ٠ ثم قد (٩) أجمعنا أنّها لو استهلكت عليه بعد ذبح المسلم لها، أنها مضمونة على مُتلِفها، لأنّنا نعتقدها مالاً ، فكذا الحكمُ فيما لم نعتقده مالاً ، وإن اعتقدوه مالاً ٠

فصل

(١) الآية جزء من الآية ٤٩ من سورة المائدة ٠

(٢) ب، ج : (الاستدلال) ؛ جاءت في أ بعد قوله (استدلالهم) كلمة (الاستدلال) ٠

(٣) ج : فالمصحف ٠

(٤) أ، ج : (لما) ؛ ب : (فلما) ٠

(٥) ج : اعتقدنا ٠

(٦) ج : لم يعتقده ٠

(٧) ساقطة من ج ٠

(**) ما بين النجمتين ساقط من (ب)، و عدد السطور الساقطة ٥، ٦٧ سطرا حسب نسخة (أ) ، و تنتهي السقطات في ص ٤٠٢ ٠

(٨) ج : يعتقد بها ٠

(٩) ساقطة من ج ٠

أ/٣٣ (فصـــل)

فأما غير الخمر مِن المائعات النَّجَسَة ، فعلى ضربين :

أحدهما : ما كان نَجَسًا في أصله ٠ والثاني(١): ما طرأت(٢) نجاسته بعد طهارته ٠

فأما النجس في أصله كالدم(٣) والبول ، فلا يجب ثمنه ولا قيمته على مُتلِفٍ ٠ وأما ما طرأت نجاسته بعد طهارته، فعلى ضربين :

أحدهما : ما لا ينتقل عن نجاسته كلبن الميتة، والأدهان-إذا قيل لا تطهر بالغسل(٤)-: فلا يحل ثمن شيء من ذلك و لا قيمته(٥) على متلف ٠

والضرب الثاني : ما ينتقل عن نجاسته، فيصير طاهرًا كالماء النجس، يطهر بالمكاثرة ، والأدهان، إذا قيل بجواز غسلها ٠ ففي جواز بيعها وإباحة ثمنها وجهان :

أحدهما : يجوز ، فعلى هذا يكون متلفها ضامنًا لقيمتها ٠

والوجه الثاني : لا يجوز، فعلى هذا لا ضمان على متلفها(٦)٠

فصـــل

---

(١) (والثاني) : ساقطة من ج ٠

(٢) ج : فاذا طرأت ٠

(٣) قوله (الدم) : فانه ليس بمال ٠ (انظر: الاختيار ٢ / ٢٣، وشرح فتح القدير ٦ /٤٠٢ـ٤٠٣ (البيوع ـ باب البيع الفاسد) ٠

(٤) وهو الأصح على ما ذكره النووي ٠ (انظر: المنهاج مع شرحه مغني المحتاج ٢ /١١ـ كتاب البيع)٠

(٥) ج : و لا قيمة ٠

(٦) اختار الشربيني منهما الوجه الثاني في الدهن ، و لم يذكر الدم٠ (انظر: مغني المحتاج ٢ /١١ ـ البيع) ٠

ب/٣٣ (فصـــل)

وإذا غصب خمرًا ، فصار في يده خَلًّا ؛ صار حينئذٍ مضمونًا عليه لكونه خلًّا ذا قيمة / (١) . (١١٥/أ ـ أ)

فلو اختلفا (٢) بعد تلفه، فقال المالك: صار خلا، فعليك ضمانه ؛ وقال الغاصب: بل تلف في يدي خمرًا على حاله، فالقولُ قولُ الغاصب مع يمينه اعتبارًا ببراءة ذمته .

فلو صار الخمرُ بعد غصبه خلًّا، ثم عاد الخلّ فصار خمرًا : ضمنه مع بقاء عينه، لأنه بمصيره خمرًا قد صار تالِفًا . فلو عاد ثانية فصار خلًّا ردّه على المغصوب منه .

و هل يضمن قيمته مع ردّه ؟ على وجهين :

أحدهما : لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه .

والوجه الثاني : عليه الضمان لاستقراره عليه، فلم يسقط عنه بما لم يحدث في ملكه .

و هذان الوجهان مِن نقص المرض إذا عاد (٣) .

ج/٣٣ (فصـــل)

و إذا غصب واحدًا مِن خُفَّيْن ، قيمتهما معًا عشرة دراهم، فاستهلكه ؛ وقيمة كُلِّ واحدٍ منهما على انفراده درهمان، ففي قدر ما يضمنه وجهان : أحدهما

---

(١) وهو أصحّ الوجهين على ما ذكره الغزالي والرافعي والنووي . والوجه الثاني : أن الخلّ للغاصب .
(انظر: الوجيز وشرح فتح العزيز ١١/ ٣٠٩ـ٣١٠، والروضة ٥/٥٤، والمنهاج ٢/ ٢٩١ .

(٢) قوله (اختلفا): ورد في أ، ج : (اختلط)، وهو ساقط من ب . لعله (اختلفا) كما صححناه، وبهذا يستقيم المعنى .

(٣) والأشبه من الوجهين هو الثاني على ما أفاده المؤلف من قبل . (ر : ص ١٤٦ـ١٤٧/أ/٢ (فصل)) .

أحدهما : يضمن درهمين ، و هو قيمة ما تفرّد باستهلاكه و لكون (١) نقص الانفراد داخلاً على المغصوب منه ٠

والوجه الثاني : أنه يضمن ثمانية دراهم (٢) : درهمان منها قيمة المستهلك ، وستة (٣) هي ضمان النقص بالانفراد ، لأنها جناية منه ، كَمَنْ قطع إحدى كُمّي قميص ،قيمته عشرة دراهم ؛ فصارت قيمته بعد قطع الكُمّ درهمين ، وكانت قيمة الكُمّ بعد قطعه درهمين ضمن اتفاقا جميع النقص ،وهو ثمانية دراهم ٠

كذلك في إحدى الخفين ، و لا قطع عليه / مع ضمان النقص (١١٥/أ ـ أ) الزائد على قيمة الخف المسروق ، لأنّ قيمة الخف المنفرد درهمان ، وهو(٤) دون النصاب ٠ وإنّما ضمن ذلك للنقص (٥) الذى يكمل به النصاب من غير إخراج له مِن الحرز ، فصار كالمستهلك له في (٦) الحرز ٠

فصل

(١) ج : (و لكن) ، و جاء بعده : (لو) ٠

(٢) و هوالمذهب على ما ذكره الشيرازى في " المهذب " (٢٤٢/١٤) ٠ و قال عنه النووى في " المنهاج " (٢٨٧/٢ ـ ٢٨٨) : وهوالأصح ٠

و فيه وجه ثالث على ما ذكره الرافعي والنووى ٠ وهو لزوم ضمان نصف قيمة الخفين ، كما لو أتلف رجلٌ أحَدَهُما ، و آخرُ الآخرَ ،فان كُلاًّ منهما يضمن خمسة ٠ و هو الأظهر على ما ذكره الرافعي ،و قال عنه النووى : و هو الأقوى ٠ (انظر : فتح العزيز ٣٣٠/١١ ، والروضة ٥٨/٥ ـ ٥٩) ٠

(٣) جاء بعدها في ج : (دراهم) ٠

(٤) ج : و هي ٠

(٥) ج : النقص ٠

(٦) ج : من ٠

د ٣٣/ (فصـــل)

فأما (١) إذا غصب منه صَكًّا (٢) أو سِجِلًّا (٣) أو كتابَ عُهْدَة (٤): / (٢٩٧/ج) فاستهلكه (٥) عليه كان عليه ضمان (٦) قيمته (٧) و إن قلت و سواء بطل احتجاج المالك بها في تثبيت أملاكه أم لا . فلو لم يستهلكه ولكن نجسا ما كان مثبتا فيه من خط وشيقة فلا شئ عليه، إلاّ أن ينقص بذلك من قيمة الكتاب شئ ، فيضمن ما نقص، ولكن يحرز إنّ فعل ذلك إضراراً بمالكه وإبطالاً لوثيقته .

هـ ٣٣/ (فصـــل)

و إذا أطارت الريحُ ثوبًا لرجل ، فألقته في دار آخر، فلم يعلم صاحب الدار به ، حتى احترق بنار كان في داره، أو ببهيمة أكلته لم يضمنه(٨). و لو علم به فأكلته البهيمة بعد علمه، فان لم يقدر على منعها حتى أكلته فلا ضمان عليه ؛ و إنّ قدر على منعها فعليه الضمان . و لكن لو رآه عند حصول الثوب

في

---

(١) ساقطة من ج .

(٢) قوله (صك) : " الكتاب الذى يُكتَبُ في المعاملات والأقارير، وجمعه (صُكُوكٌ) و (أَصُكّ) و (صِكَاكٌ)، مثل بَحْر وبُحُور و أَبْحُر وبِحَار . و (صَكّ) الرجل للمشترى (صَكًّا) من باب (قتل) إذا كتب (الصَّكّ) . ويُقال : هو مُعَرَّبٌ " . (المصباح ١/ ٣٤٥ ، مادة " صك ") .

(٣) قوله (سِجِلّ) : " كتاب القاضي ، والجمع (سِجِلاّت) و (أَسْجَلْتُ) للرجل (إسْجالاً) كتبتُ له كتابًا و (سجّل) القاضي ـ بالتشديد ـ قضى وحكم وأثبت حُكْمَهُ في (السِّجِلّ) (" . (المصباح ١/ ٢٦٧ ،مادة "سجل ") .

(٤) قوله) (كتاب عُهْدَة) : هي وثيقة المتبايعين، أو بعبارة أخرى : إنها كتاب المحالفة والمبايعة، يقال : على فلان في هذا عهدة لا خلاص منها . والعهدة في البيع : هي ضمان ~~صحة~~ صحة البيع وسلامة المبيع .
(انظر : المغرب ص ٣٣٣، و المصباح ٢/ ٤٣٥ ،والمعجم الوسيط ٢/ ٦٤٠ ؛ مادة " عهد ") .
و في حاشية الدسوقي : العهدة : هي درك المبيع من عيب أو استحقاق طرأ . (ج ٣ ، ص ٤٩١) .

(٥) ج : فأهلكه . (٦) (ضمان) : من ج ؛ ولم تثبت في أ .

(٧) جاء بعدها في ج : (ان كثرت) . ساقطة من ب .

(٨) انظر: الروضة ٥/٦ ،وتحفة المحتاج ٦/ ٣، ونهاية المحتاج ٥/ ١٤٥ .

في داره فتركه، فان كان مالكه غير عالِمٍ به، فعليه إعلامُه، فان لم يُعْلِمْه به (١) فهو ضامنٌ (٢) . وإنْ كان مالكه عالِمًا به، فليس عليه إعلامُه؛ و لا ضمان عليه في تركه . (٣) فان أطارته الرياح بعد تركه (٣) فهلك: فان لم يقدر على حفظه عند هبوب الريح فلا ضمان / عليه، و إنْ قدر (١١٦/أ ـ أ) على حفظه عند هبوبها، ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه، لأنه لم يكن منه ما يضمن به .

والوجه الثاني: عليه الضمان، كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها، و إنْ أمكن الفرق بينهما .

فلو كان الثوب حين أطارته الريح إلى داره، وقع في صِبْغٍ لصاحب الدار، فشربه وانصبغ به، فلا ضمان على واحد منهما لعدم التعدّي منهما . ثم نظر: فان أمكن استخراج الصِبْغ**) مِن (٤) الثوب استخرجه و يكون نقص الثوب والصبغ هَدَرًا، و إنْ لم يمكن استخراجه كانا شَرِيكَيْنِ فيه بقيمة الثوب والصِبْغ على زيادته ونقصه (٥) .

و/٣٣ (فصل)

و إذا سقط في دار رجلٍ طائرٌ مملوكٌ، فألفها، وأقام: فلا ضمان عليه ما لم تحصل له يد عليه؛ و لا يلزمه إعْلامُ صاحِبِه له (٦)، سواءٌ كان عالِمًا أو غيرَ عالِمٍ بخلاف الثوب، لأنّ الطيرَ ممتنع و عوده بنفسه ممكن (٧) .

فلو دخل الطيرُ إلى بُرْجِ صاحب الدار، فغلق عليه (٨) باب البُرْج؛

فان

---

(١) ساقطة من ج .

(٢) لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف، فصار كالغاصب. (انظر: المهذب ١٤/٢٨٧) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ج .

(**) انتهت السقطات من نسخة (ب)، و كانت بداية السقطات ص٣٩٧ .

(٤) (من): صححت في ب فوق السطر .

(٥) انظر: الروضة ٥/٥١، ومغني المحتاج ٢/٢٩٢، ونهاية المحتاج ٥/١٨٥ .

(٦) ساقطة من ب، ج .

(٧) انظر: المهذب ١٤/٢٨٧ .

(٨) ب: به .

فان نوى بغلقه تملك(١) الطير(٢) ضمنه ؛ وإنّ لم ينو تملكه، فلا ضمان عليه، لأنه يملك التصرف في داره كيف شاء(٣) .

ز / ٣٢ (فصـــل)

وإذا أشعل الرجل في داره نارًا، فانتشرت حتى تعدت إلى دار جاره، فأحرقتها، نظر :

فان كانت النار(٤) إذا انتشرت فيما هي فيه لم تخرج عن حدود داره، فلا ضمان عليه، لأنه لم يتعدّ (٥) بها . وإنّ كان انتشارها / (١١٦/أ ـ ب) فيما هي يخرجها عن حدود داره ضمن، لأنّ مِن طبع النار انتشارها فيما وقعت فيه، فصار متعدّيًا فضمن(٦) .

وهكذا : لو أجرى في أرضه ماءً فتعدّى إلى أرض غيره، فخرقها : فان لم يكن له(٧) في أرضه مَغِيضٌ(٨) له، ولا كان في حدودها ما يصدّه(٩) عن الخروج ضمن لِمَا في طبع(١٠) الماء مِن الجريان(١١) . والله أعلم بالصواب(١٢) .

---

(١) ب : (تملكه)، ج : (تمليك) .
(٢) ساقطة من ب .
(٣) انظر : المهذب ١٤/٢٨٧ .
(٤) (النار) : صححت في أ، وكانت قبل التصحيح (الدار) .
(٥) ب : لم يعتد . (٦) ساقطة من ج .
(٧) ساقطة من ب .
(٨) قوله (مغيض) : هو المكان الذى يغيض (يَغُوُر) فيه الماء فيذهب. (انظر : اللسان ٧/٢٠١، والمعجم الوسيط ٢/٦٧٥؛ مادة "غيض") .
(٩) ج : يعده . (١٠) ب : الطبع .
(١١) انظر : المهذب ١٤/٢٨٧
قال الشيرازى : "... فان كان الذى فعله ما جرت به العادة لم يضمن، لأنه غير متعدٍّ؛ وإنّ فعل ما لم تجر به العادة بأن أجج (أشعل) مِن النار ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن، لأنه متعدٍّ" . (المصدر نفسه) .

(١٢) * * *
(انتهى كتاب الغصب من الحاوى الكبير لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى رحمه الله، ويليه ـ إن شاء الله تعالى ـ كتاب الشفعة للمؤلف) .
المحقق

كتاب الشفعة

بســــــــــــم الله الرحمـــن الرحيـــم

كتاب الشفعة

من

الحاوى الكبير

تأليف

أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى
المتوفى سنة (٤٥٠ هـ)

تحقيق و دراسة

حسن علي كُوْرْكُولُو

كتاب الشفعة

مختصر (١) من ثلاثة (٢) كتب متفرقة (٣) مما (٤) وضعه بخطه (x)، ومن إملاء (٣) على موطأ مالك (*)، ومن اختلاف الحديث (٥)، و(٦) مما (٧) أجيب (٨) (فيه) (٩) على قياس قوله (x) (١٠) .

قال الشافعي

---

(١) جاء بعدها في مختصر المزني : (الشفعة من الجامع) .
(٢) ب : ثلاث .
(٣) المختصر : (من بين وضح وإملاء) .
(٤) ب : فيما . (*) هو الإمام مالك . تقدمت ترجمته . (ص ٢٦) .
(٥) المختصر : الأحاديث .
(٦) ساقطة من ب .
(٧) (مما) : من ج والمختصر ؛ وفي أ ، ب : (ما) .
(٨) أ ، ج : (أجيب) ، ب : (اوجب) ، المختصر — ٨/١١٩ — : (أوجبت) ، وجاء فيه — ٨/١٢٠ — : (أجبت) .
(٩) (فيه) : زيادة من المختصر . (x) يعني الشافعي رحمه الله .
(١٠) انظر : المختصر ٨/١١٩ .

قوله (إملاء) : قد نقل فقهاء الشافعية في كتبهم عن " الإملاء " كثيرا جدا . قال عنه البيهقي في " مناقب الشافعي " (١/٢٥٧) بعد أن ذكر مؤلفات الشافعي رحمه الله مفصلا :

" ثم لسائر أصحابه — كعبد الله بن الزبير الحُمَيْدي ، ويونس بن عبد الأعلى ، ومحمد بن عبد الله بن سليمان الجيزى — وهو غير المرادى — ... وغيرهم — روايات في مسائل محدودة ، ينفرد كل واحد منهم بما لا يشاركه فيه غيره . وذلك يدل على " كتب " أملاها أو قرأها عليهم غير ما سمينا " .

وذكره حاجي خليفة في " كشف الظنون " (١/١٦٩) ، والبغدادى في " هدية العارفين " (٦/٩) منسوبًا إلى الشافعي رحمه الله .

قوله (موطأ) : هو من كتب الحديث المعروفة ، جمع فيه الإمام مالك رحمه الله ما صح عنده من أحاديث النبى صلى الله عليه وسلم . وربما كان الموطأ من أكثر الكتب التي عنى بها الناس روايةً وشرحًا وتعليقاً . وله عدة طبعات . منها ما طبع بتحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي رحمه الله .

قوله (اختلاف الحديث) : من مؤلفات الشافعي رحمه الله . وهو من الكتب التي تجمع الأصول وتدل على الفروع على ما ذكره البيهقي في كتابه " مناقب الشافعي " (١/٢٤٦) . وهو مطبوع بذيل الأم : (٨/٤٧٣—٥٦٨) . (مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الأولى ، ١٣٨١ هـ = ١٩٦١ م بالقاهرة) . وله طبع آخر مستقل بتحقيق الأستاذ محمد أحمد عبد العزيز . (دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م ، بيروت — لبنان ، توزيع : دار الباز ، مكة المكرمة) .

١ – قال الشافعي رحمه الله (١) أخبرنا مالك عن الزهري (٢) عن سعيد (٣) و أبي سلمة (٤) أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ، فَلَا شُفْعَةَ" (٥) . و وَصَلَهُ مِنْ

غير

(١) ب : رضي الله عنه .
(٢) هو ابن شهاب الزهري . تقدمت ترجمته. (ج ١، ص ٩).
(٣) هو سعيد بن المسيب . تقدمت ترجمته. (ج ١، ص ٩).
(٤) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن. تقدمت ترجمته. (ج ١، ص ٩٦).
(٥) انظر : اختلاف الحديث للامام الشافعي بذيل الأم ٤/٤ .

و للحديث عدة طرق عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه. منها ما أخرجه البخاري وأبو داود وابن ماجه والطحاوي والبيهقي وأحمد من طريق معمر عن الزهري، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن جابر بن عبد الله مرفوعًا .

أخرجه الإمام مالك بالسند الذي ساقه المؤلف بلفظ: " أَنَّ رَسُولَ اللّٰهِ صَلَّى الله عليه وسلم قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ بَيْنَهُمْ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ " .

هكذا ذكره الإمام مالك مرسلًا . قال ابن ماجه: الحديث من طريق بن المسيب مرسل، و هو متصل من طريق أبي سلمة عن أبي هريرة. وأفاد البيهقي أنّ مالكًا كان يتردد فيه، فمرة أرسله، و مرة وصله، و مرة ذكره بالشك في ذلك .

و قال ابن حجر في " تلخيص الحبير " (٣/٦٥/٤) : " و وصله عن مالك ابن الماجشون، وأبو عاصم، و غيرهما بذكر أبي هريرة فيه، ورواه ابن جريج وابن اسحاق عن الزهري، عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة؛ وإنما كان ابن شهاب يرويه عن أبي سلمة عن جابر وعن سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا . بيّن ذلك كله البيهقي . و وصله الشافعي عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر " .

انظر : صحيح البخاري ٣/٤٦–٤٧ الشفعة (٣٦) – باب الشفعة فيما لم يقسم (١)، و ٣/٣٧ البيوع (٣٤) – باب بيع الشريك من شريكه (٩٦)، و باب بيع الأرض والدور والعروض مشاعا ... (٩٧)، و ٣/١١٢ الشركة (٤٧) – باب الشركة في الأرضين وغيرها (٨)، و باب إذا اقتسم الشركاء ... (٩)، و ٨/٦٥ الحيل (٩٠) – باب الهبة والشفعة (١٤)؛ والموطأ ٢/٧١٣ الشفعة – ما يقع فيه الشفعة، وسنن أبي داود ٢/٢٥٦ البيوع – باب في الشفعة، وابن ماجه ٢/٨٣٤–٢٤٩٥/٨٣٥ الشفعة (١٧) – باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة (٣)، والنسائي ٧/٣٢١ البيوع – ذكر الشفعة و أحكامها، وشرح معاني الآثار ٤/١٢٢ الشفعة، والسنن الكبرى ٦/١٠٢ الشفعة، و مسند أحمد ٣/٢٩٦، ٣٩٩، و شرح السنة للبغوى ٨/٢٣٩–٢١٧٠/٢٤٠، وإرواء الغليل ٥/١٥٣٢/٣٧٢ .

غير حديث مالك أيوب (١) و أبو الزبير (٢) عن جابر (٣)

عن النبي صلى الله عليه مثل معنى حديث مالك (٤) ٠

الفصل (٥) ٠

أما

(١) لم أقف على الحديث عن أيوب عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما اطلعت عليه في مظانه من كتب السنة و المسانيد ٠

وأيوب: هو أيوب بن خالد بن صفوان بن اوس بن جابر الأنصارى، البرقي ، روى عن جابر وعن أبيه وعبد الله بن رافع مولى أم سلمة و ميمونة بنت سعد وزيد بن خالد الجهني ، وعنه اسماعيل بن أمية و موسى بن عبيدة الربذى وجماعة ٠٠٠ قال ابن حجر: " تكلم فيه أهل العلم بالحديث، وكان يحيى بن سعيد ونظراؤه لا يكتبون حديثه " ٠ (تهذيب التهذيب (١/ ٤٠١/ ٧٣٩) ٠ لم تذكر المصادر التي اطلعت عليها تاريخ وفاته ٠ (انظر ترجمته في : الكامل لابن عدى ١/ ٣٥٠ وكتاب تهذيب الكمال في أسماء الرجال للحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزّي ١ / ١٣٤ والكاشف ١/ ١٤٦/ ٥٢١) ٠

(٢) رواه الشافعي رحمه الله عن سعيد بن سالم ، عن ابن جريج ، عن أبي الزبير ، عن جابر بن عبد الله ، عن النبي صلى الله عليه وسلم باللفظ الذى ساقه المؤلف ٠ (انظر: اختلاف الحديث بهامش الأم ٤/ ٤) ٠

وقد ساق الحديث المؤلف فيما بعد عن أبي الزبير، عن جابر ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وتم تخريجه حيث ذكره المؤلف ٠ (ر : ص ٦٥٨/ ٤٠ ــ مسألة ، و ر: ص ٤٧٠، و ٦٧٨)

وأبو الزبير: هو محمد بن مسلم بن تَدْرُس الأسدى ، أبو الزبير المكي ٠ من أئمة العلم ٠ روى عن العبادلة ، وجابر ، وعائشة وغيرهم ٠ وروى عنه أبو حنيفة و مالك والسفيانان وغيرهم ٠٠٠ اعتمده مسلم وروى له البخارى ٠ وثقه ابن معين وابن المديني والنسائي ، و ضعفه ابن عيينة وغيره ٠ قال ابن الأثير: مات سنة (١٢٨ هـ) ، وقيل (١٢٦ هـ) ٠

انظر ترجمته في (يحيى بن معين و كتابه التاريخ ٢/ ٥٣٨/ ٣٧٣/ و ٣/ ٣٧٤/٨٩ ، و الكامل في التاريخ لابن الأثير ٥/ ٣٥٢ ، والكاشف ٣/ ٩٥/ ٥٢٣١ ، و ميزان الاعتدال ٤/ ٣٧/ ٨١٦٩ ، وتهذيب التهذيب ٩/ ٤٤٠/ ٧٢٧ ، و طبقات الحفاظ ص ٥٠ ، رقم ١١١) ٠

(٣) تقدمت ترجمته ٠ (جـ ١ ، ص ٢٩٢) ٠

(٤) انظر : مختصر المزني ٨/ ١١٩) ٠

(٥) أى أكمل الفصل من مختصر المزني ٠ وفيما يلي نصّه كما جاء في المختصر (٨/ ١١٩ــ ١٢٠) :

" واحتج محتج بما روى عن أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ((الجار أحق بصقبه)) ٠ وقال فأقول للشريك الذى لم يقاسم و للمقاسم =

أما الشفعة ففي تسميتها بذلك تأويلان :

أحدهما : أن الرجل كان (في الجاهلية) (١) إذا أراد بيع داره، أتاه جاره أو شريكه، فشَفَعَ (٢) إليه فيما باع، فشَفَّعَهُ (٣) وجعلَه (٤) أَوْلَى به مِمَّن بَعُدَ(٥) فسُمِّيت شُفْعَةً، وسُمِّيَ طالبُها شفيعًا .

و هذا ـــــــــــــــ

= شفعة كان لصيقا أو غير لصيق اذا لم يكن بينه وبين الدار طريق نافذة . قلت له : فلم أعطيت بعضا دون بعض واسم الجوار يلزمهم فمنعت من بينك وبينه ذراع إذا كان نافذا وأعطيت من بينك وبينه رحبة أكثر من ألف ذراع إذا لم تكن نافذة ؟ فقلت له : فالجار أحق بسبقه لا يحتمل إلّا معنيين لكل جار أو لبعض الجيران دون بعض فلما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم لا شفعة فيما قسم دل على أن الشفعة للجار الذى لم يقاسم دون الجار الذى قاسم و حديثك لا يخالف حديثنا لأنه مجمل وحديثنا مفسر والمفسر يبين المجمل . قال : و هل وقع اسم الجوار على الشريك ؟ قلت : نعم، امرأتك أقرب إليك أم شريكك ؟ قال : بل امرأتي ، لأنها ضجيعتي . قلت: فالعرب تقول امرأة الرجل جارته . قال : وأين ؟ قلت : قال الأعشى :

أجارتنا بيني فانك طالقة / و موموقة ما كنت فينا ووامقة
أجارتنا بيني فانك طالقة / كذاك أمور الناس تغدو و طارقة
و بيني فان البين خير من العصا / و أن لا تزالي فوق رأسك بارقة
حبستك حتى لا مني الناس كلهم / وخفت بأن تأتي لدى ببائقة
و ذوقي فتى حى فاني ذائق / فتاة لحى مثل ما أنت ذائقة

فقال عروة : نزل الطلاق موافقا لطلاق الأعشى . (قال الشافعي) رحمه الله : و حديثنا أثبت إسنادًا مما روى عبد الملك عن عطاء عن جابر وأشبههما لفظا وأعرفها في الفرق بين المقاسم وبين من لم يقاسم لأنه إذا باع مشاعا باع غير متجزئ فيكون شريكه أحق به، لأن حقه شائع فيه وعليه في الداخل سوء مشاركة و مؤنة مقاسمة و ليس كذلك المقسوم . (قال الشافعي) رحمه الله : ولا شفعة إلّا في مشاع ... ". (سيأتي دوام قول الشافعي رحمه الله، ص ٤٥٠ / ٢ ـ مسألة) .

---

(١) الزيادة من " غريب الحديث " الذى سيذكره المؤلف ، (١ / ٢٠٢) .
(٢) ب : فيشفح .
(٣) ب : يشفعه .
(٤) ب : (فعله) ، ج : (قبله) .
(٥) و في " غريب الحديث " الذى سيذكره المؤلف : " وجعله به أولى ممن بعد سببه " . (١ / ٢٠٢) .

و هذا قول / أبي محمد بن قتيبة (١) • قاله في غريب الحديث (٢) • (١١٧/أ ـ أ)

والتأويل / الثاني : أنها (٣) سميت بذلك ، لأن طالبها جاء (٦٩/ب ـ أ)

تاليا (٤) إلى المشترى (٥) ، فكان ثانيا بعد أول (٦) ، فسمّى شفيعا ؛

لأن الاثنين شَفْعٌ والواحد وِتْرٌ، وسُمّىَ الطلَبُ (٧) شُفْعَةً (٨) •

فصل

(١) هو عبد الله بن مسلم بن قُتَيْبَة، أبو محمد الدّينَوَرِىّ، النحوى واللغوى • ولد ببغداد ، وسكن الكوفة ، ثم ولى قضاء الدينور، فينسب إليها • توفى ببغداد سنة (٢٧٦ هـ) على الأصح • وله مؤلفات كثيرة • منها : المعارف، و أدب الكاتب ، وعيون الأخبار والشعر والشعراء ، و غريب القرآن، و مشكل القرآن ، و غريب الحديث، و مشكل الحديث ••••

انظر ترجمته في (تهذيب الأسماء واللغات ٢ /١ /٢٨١ /٤ /٤٨٤، و وفيات الأعيان ٣/٤٢/٣٢٨، و ميزان الاعتدال ٢ /٥٠٣/٤٦٠١، والبداية والنهاية ١١ /٤٨ ، والنجوم الزاهرة ٣/٧٥، وطبقات المفسرين للداودى ١ /٢٤٥/ ٢٣٤، و شذرات الذهب ٢ /١٦٩) •

قال ابن منظور والمطرزى : (القتيبي) بدلاً من (ابن قتيبة) •
(انظر : اللسان ٨ /١٨٤ ، و المغرب ص ٢٥٣ مادة " شفع ") •
و (القُتَيْبِي) ، و كذلك (القُتْبِي) : هما لقبان، عرف بهما ابن قتيبة ؛ القتيبي : نسبة إلى قُتَيبة، والقتبي : نسبة إلى قُتْبة •

(انظر : مقدمة غريب الحديث لابن قتيبة بتحقيق الدكتور عبد الله الجبورىّ ١/ ١٣) •

(٢) والكتاب نشرته الجمهورية العراقية وزارة الأوقاف إحياء التراث الإسلامي في ثلاثة أجزاء ، مطبعة العاني ـ بغداد ، ١٣٩٧ هـ ـ ١٩٧٧ م ط ١ • بتحقيق الدكتور عبد الله الجبّوري

(٣) ساقطة من ب •

(٤) ب : ثانيا •

(٥) ب : الى المشترى ؛ أ، ج : للمشترى •

(٦) (بعد أول) : ساقطة من ب •

(٧) ساقطة من ج •

(٨) انظر : غريب الحديث لأبي عبيد الهروى ١ /٢٥٧، واللسان ٨ /١٨٤ مادة " شفع " •

الشفعة في اللغة ـ بضم الشين وإسكان الفاء ـ : هي مأخوذة من شَفَعَ بمعنى الضم، من شفعتُ الشئ أى ضممتُه، لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه، أو أنها مأخوذة من شَفَعَ بمعنى التقوية أو الزيادة ؛ لأن الشفيع يزيد ملكه ويقويه بسبب الشفعة ، كأنه كان واحداً وِتراً فصار زوجا شفعا •
(انظر : الصحاح ٣/١٢٣٨، والنهاية ٢ /٤٨٥، والمغرب ص ٢٥٣، ==

....

= واللسان ١٨٤/٨، والمصباح ٣١٧/١ ؛ مادة " شفع " .

أما تعريفها شرعًا : فعرفها الحنفية بأنها حق تملّكِ العقار المبيع جبرًا عن المشتري بما قام عليه بسبب الشركة أو الجوار .

وعرفها المالكية والشافعية والحنابلة بأنها حَقّ تملّكٍ قَهْرِيٍّ يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض .

والظاهر من التعريفين : أن الشفعة تثبت عند الحنفية للشريك والجار ، وعند الجمهور تثبت للشريك دون الجار .

كما اتضح من تعريف الشفعة لغة واصطلاحا أن المعنى الاصطلاحي يتضمن المعنى اللغوي ، وهو الضم والزيادة ، لأن الشريك ـ اتفاقا ـ أو الجار ـ عند الحنفية ـ يضم حصة شريكه أو جاره إلى ملكه فيزيده .

انظر : المبسوط ٩٠/١٤ ، و الهداية مع نتائج الأفكار تكملة فتح القدير ٣٦٩/٩ ، والاختيار ٤٢/٢ ، و تبيين الحقائق ٢٣٩/٥ ، و مجمع الأنهر ٤٧١/٢ـ٤٧٢ ، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٢١٦/٦ـ٢١٧ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٩١/٢ وما بعدها ، والشرح الصغير ١٠٨/٤ ، والخرشي ١٦١/٦ـ١٦٢ ، و أوجز المسالك إلى موطأ مالك للشيخ مولانا محمد زكريا الكاندهلوي ٦/١٢ ، ومغني المحتاج ٢٩٦/٢ ، ونهاية المحتاج ١٩٤/٥ ، و فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٣١٣/٩ ، والمغني ٢٢٩/٥ ، والإنصاف ٢٥٠/٦ ، والروض المربع ٢٢٦/٢ ، وكشاف القناع ١٣٤/٤ ، وشرح منتهى الإرادات ٤٣٣/٢ ؛ و من الكتب الحديثة الفقه الاسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ٧٩٢/٨ .

أ/١ (فصـــل)

والحكم بالشفعة واجب(١) بالنص والإجماع(٢) ، إلا مَن شذ عن الكافة مِن الأصم(٣) وابن

---

(١) قوله (واجب) بمعنى ثابت . هذا أولى من تعبيره ب(واجب) (*)
(انظر : فتح العزيز ١١ / ٣٦٣ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٦)
والمعنى في ذلك أنّ حق الشفعة ثابت للشفيع بالنص والإجماع . والشفيع مخير بين طلب الشفعة وتركها . (انظر : شرح مجلة الأحكام الشرعية ٢ / ٦٧٤) .

(٢) قال ابن قدامة : " وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض، أو دار، أو حائط. والمعنى في ذلك أنّ أحد الشريكين إذا أراد بيع نصيبه، وتمكّن مِن بيعه لشريكه، وتخليصه مما كان بصدده من توقّع الخلاص، والاستخلاص، فالذى يقتضيه حُسْن العِشرة أن يبيعه منه، ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه، وتخليص شريكه من الضرر ؛ فاذا لم يفعل ذلك ، وباعه لأجنبيّ سلّط الشرعُ الشريكَ على صرف ذلك إلى نفسه " . (انظر : المغني ٥ / ٢٢٩) .

انظر في ثبوت حق الشفعة إجماعًا في (المبسوط ١٤ / ٩٠ وما بعدها ، وعمدة القارى للعيني ١٢ / ٧١، ومجمع الأنهر ٢ / ٤٧٢ ، وفتح العزيز ١١ / ٣٦٣، وفتح البارى ٩ / ٣١٣، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٦، ونهاية المحتاج ٥ / ١٩٤، و بداية المجتهد ٢ / ١٩٣ ، والمغني ٥ / ٢٢٩، ومجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ٣٠ / ٣٨١ ، والمحلى ١٠ / ٣، ونيل الأوطار ٥ / ٣٧٢، وكتاب البحر الزخّار ٥ / ٣) .

(٣) انظر قوله في (عمدة القارى ١٢ / ٧١ ، وفتح البارى ٩ / ٣١٣ ، والمغني ٥ / ٢٩٩، والبحر الزخار ٥ / ٣) .

والأصمّ : هو محمد بن الحسن بن أزهر الدعّاء الأصم، أبو بكر القطايعي . توفى سنة (٣٢٠ هـ) . قال الخطيب : كان غير ثقة . ورد عليه الذهبي وابن حجر، وأفادا أنه كان ثقة .

انظر ترجمته في (تاريخ بغداد ٢ / ١٩٣ـ١٩٤ / ٦١٨، وميزان الاعتدال ٣ / ٥١٧ / ٧٣٩٥، والمغني في الضعفاء ٢ / ٥٦٩ / ٥٤١٥ ، ولسان الميزان ٥ / ١٢٨ / ٤٣١) .

(*) لا حاجة إلى هذا التعليق على رأى فضيلة المناقش الدكتور أحمد علي طه ريان، حيث قال : " إنّ تعبير المصنف ب"واجب" أولى من تعبير الباحث ب" ثابت" . لأنه يفيد الثبوت وزيادة هامة . وهي أن الحكم بها واجب من قبل القاضي الذى يرفع إليه طلب الشفعة . أي أن طلب الشفعة وإنْ كان جائزًا للشريك ابتداءً، إلّا أنه متى طلبها وجب على القاضي الحكم بها . ومما يؤكد هذا المقصد للمصنف قوله بعد عدة أسطر في ص ٤١٥ "فاذا ثبت وجوب الشفعة فهي مستحقة" الخ . فلو كان وجب بمعنى ثبت لكان معنى قوله : فاذا ثبت ثبوت الشفعة . وهذا واضح . " (المحقق) .

وابن عُلَيَّـة (١) : فانهما (٢) أبطلاها ردًّا للإجماع ، ومَنْعًا مِن خبر الواحد (٣) ، وتمسّكًا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يَحِلُّ مالُ امْرِئٍ(٤) مُسْلِمٍ إلاّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ " . (٥) .

وهذا خطأ يفحش (٦) مِن قائله ، لأنّ ما رُوي في الشفعة ، وإنْ لم يكن متواترًا فالعمل به مستفيض ، يصير به الخبر كالمتواتر ، ثم الإجماع عليه منعقد ، والعلم بكونه شرعًا واقع ، وليس في التمسّك بقوله صلى الله عليه وسلم (٧) : " لا يحل مال امرئ مسلم (٨) إلاّ بطيب نفس منه " ، ما يمنع من الشفعة ، لأنّ المشتري يُعَاوَضُ (٩) عليها (١٠) / بما بَذَلَهُ ، (٢٩٨ /ج ـ ب) فَيَصِلُ إليه ، ولا يستحق منه .

فصل

---

(١) لم أقف على قول ابن علية فيما اطلعت عليه في مظانه من المصادر .

وابن علـيّـة : هو إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدي ، مولاهم ، أبو بِشْر ، البصري ، المعروف بابن علية . كان ثقة صدوقا حجة ... توفي سنة (١٩٣ هـ) .

انظر ترجمته في (الكاشف ١١٨/١ ـ ١١٩ /٣٥٢ ، وتهذيب التهذيب ١/ ٢٧٥ ـ ٥٣١/٢٧٩) .

(٢) (فانهما) : مكررة في ج .

(٣) قال الأصمّ في وجهة نظره على ما ذكره ابن قدامة : " لا تثبت الشفعة ، لأنّ في ذلك إضرارًا بأرباب الأملاك . فان المشتري إذا علم أنه يُؤْخَذُ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضرّ المالك " . (المغني ٢٢٩/٥) .

(٤) ج : امر .

(٥) سبق تخريجه . (ر : جـ ١ ، ص ٢١٣ ، رقم الهامش ١) .

(٦) ب ، ج : لفحش .

(٧) قوله (صلى الله عليه وسلم) : لم يثبت في ب .

(٨) ساقطة من ج .

(٩) ب : يعارض .

(١٠) ب : عليهما .

ب/١ (فصــــل)

فاذا ثبت وجوب الشـفعة، فهي مسـتحقة في عـراص (١) الأَرَضِـــين، ويكون ما اتصل بها مِن الغِراس والبناء تَبعًا (٢) . وإنْ (٣) كان المبيـع منها مُشَـاعـًا (٤) كانت الشفعةُ (٥) فيه (٦) على قول (٧) مَنْ أَوْجَـبَـهـا إِجْمَاعـًا (٨) . و إِنْ كان المبيـعُ مَحُوزًا (٩) ، فالذى عـلـيـه جمـهـور الناس، إنَّـهـا غيرُ واجـبـة .

ــــــــــــــــــ و بـــه

(١) أ : (عـراص) ، ب : (عـراض) ، ج : (اعـراص) .

(٢) قوله (تبعا) : أى تبعا للأرض . (انظر: فتح العزيز ١١/٣٦٧ ، والروضة ٥/٦٩) .

(٣) ب : فان .

(٤) قوله (مشـاعـا) : أى مشـترك غير مقسـوم . (انظر: النظـم المسـتعذبة بذيل المهذب ١/٣٧٧) .

(٥) ساقطة من ج .

(٦) ب : فيها .

(٧) في جميع النسخ : (قولين) . لكن يظهر من نسخة (أ) أنها صححت، حيث وضع فوق (الياء) حرف (ل) ، وهو يدل على أنها صححت كما أثبتُـهـا ، و بهذا يسـتقيم المعنى .

(٨) تثبت الشفعة في المبيع المشـاع إجماعـًا إذا كان انقسـامُـه ممكنًا بغير فسـاد بين الشـركاء حين طلب شـريكه القسـمـة .

انظر: البدائع ٦/٢٦٨١ ، و مجمع الأنهر ٢/٤٧٢ ، و بداية المجتهد ٢/١٩٣ ، والخرشي ٦/١٦٤، والمهذب ١٤/٣٠٠ ، و الروضة ٥/٧٠ـ٧١، والمغني ٥/٢٢٩ ، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/٣٨١، وكشاف القناع ٤/١٣٨) .

(٩) قوله (مَحُـوزًا) : هو عكس المشـاع،أى أنه مقسـوم ومحدود ، و تمت حيازتـه . (انظر: المصباح ١/١٥٦، و معجم الوسيط ١/٢٠٥ ؛ مادة " حـوز " ؛ وشرح صحيح مسـلم للنووى ١١/٤٦، المسـاقاة ـ الشفعة) .

وبه قال من الصحابة: عمر(١) و عثمان(٢) وعلي (٣) في أصح الروايتين عنه، و من التابعين : سعيد بن المُسَيِّب(٤) و أبو سَلَمَة بن عبدالرحمن / (٥) وعُرْوَة بن الزُّبَيْر(٦) ، و من الفقهاء : رَبِيعَة(٧) (١١٧/أ ـ ب) و مالك(٨) و أحمد (٩) و إسحق(١٠) و أهل الحَرَمَيْن .

و قال

---

(١) هو عمر بن الخطاب رضى الله عنه. سبقت ترجمته . (جـ ١ ، ص١٢١) .
انظر قوله في (السنن الترمذى ٢/٤١٣/١٣٨٢ الأحكام ـ الشفعة، وشرح السنة للبغوى ٨/٢٤١/٢١٧١ الشفعة، والمغني لابن قدامة ٥/٢٣٠/٣٩٥٦ ،و نيل الأوطار ٥/٣٧٢) .

(٢) هو عثمان بن عفان رضى الله عنه. سبقت ترجمته. (جـ١ ، ص ١١٠).
انظر قوله في المصادر نفسها .

(٣) جاء بعده في ب : (رضى الله عنه . هو علي بن أبي طالب رضى الله عنه . سبقت ترجمته . (جـ١ ، ص ٩ـ١٠) .
انظر قوله في (نيل الأوطار السابق) .

(٤) تقدمت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٩) .
انظر قوله في (الموطأ ٢/٧١٤، و معالم السنن ٥/١٧٢/٣٣٧٥ البيع ـ باب في الشفعة ،وشرح السنة ٨/٢٤١/٢١٧١، والمغني ٥/٢٣٠/٣٩٥٦، و نيل الأوطار ٥/٣٧٢) .

(٥) تقدمت ترجمته . (جـ ١ ، ص٩٦) .
انظر قوله في (المحلى ٩/٨٣/١٥٩٤) .

(٦) تقدمت ترجمته. (جـ ١ ، ص ٩٧) .
انظر قوله (في المصادر المذكورة تحت رقم (١) .

(٧) هو ربيعة بن عبدالرحمن . سبقت ترجمته. (جـ١ ، ص ٣٢) .
انظر قوله في (الترمذى، ومعالم السنن، وشرح السنة ،والمغني، و نيل الأوطار المذكورة) .

(٨) انظر قوله في (الموطأ ٢/٧١٣، و سنن الترمذى المذكور، وبداية المجتهد ٢/١٩٣) . سبقت ترجمة الإمام مالك. (جـ ١، ص ٢٢) .

(٩) سبقت ترجمته. (جـ ١ ، ص٣٠) .
انظر قوله في (سنن الترمذى المذكور، و معالم السنن المذكورة، والإفصاح ٢/٣٤، و المغني ٥/٢٢٩، و الإنصاف ٦/٢٥٥) .

(١٠) انظر قوله في (سنن الترمذى ، ومعالم السنن و شرح السنة، والمغني ،و نيل الأوطار السابق ذكرها) .
و إسْحٰق : هو إسْحٰق بن إبراهيم بن مَخْلَد بن إبراهيم بن مطر الحنظلي، أبو يعقوب،المَرْوَزِيّ، المعروف بـ (ابن رَاهَوَيْه) : عالم خرسان في عصره. أخذ عنه أحمد والبخارى ومسلم وغيرهم ... توفى بنيسابور سنة (٢٣٨ هـ) .
انظر ترجمته في (صفة الصفوة ٤/١١٦ ، وطبقات الحفاظ ص ٨٨ـ١٨٩ =

و قال أبوحنيفة وصاحباه(١) وسفيان الثورى(٢) : إنّ الشفعة (٣) المَحُوزَةَ مستحقة للجار . – و ليس لهم فيه سلف، وربما أضافوه إلى ابن مسعود – (٤) . فان عفا الجار عنها كانت لِمَنْ يليه في

= رقم ٤١٩، وتذكرة الحفاظ ٢/٤٣٣، و تهذيب التهذيب ١/٢١٦/٤٠٨، و حلية الأولياء ٩/٢٣٤/٤٤٦) .

---

(١) يعني أبا يوسف ومحمدَ بنَ الحسن الشيباني . سبقت ترجمتهما . (ج ١، ص ٢٠٩) .

(٢) سبقت ترجمته . (ج ١، ص ٣٢) . انظر قوله في (المغني ٥/٢٣٠/٣٩٥٦) .

و ممن قال به: ابن المبارك، وابن شبرمة، وابن أبي لَيْلَى، وابن سيرين، وابن سريج؛ و هو اختيار بعض الشافعية كالقاضي الرياني [الروياني] على ما ذكره الرافعي . واختاره أيضا شيخ الإسلام ابن تيمية بشرط أن يكونَ الجار شريكاً مع جاره في حَقٍّ مِن حقوقِ الملك الخاصة كالطريق والماء ونحوهما، و إلّا فلا شفعة . وتابعه في ذلك ابن القيم الجوزية والشوكاني عَمَلاً بحديث جابر: " ... إذا كان طريقهما واحدًا ... " . (سيأتي حديث جابر ص ٤٢١/ب /١/ فصل)) .

انظر: سنن الترمذى ٢/٤١٣/١٣٨٢، و شرح السنة ٨/٢٤١/٢١٧١، و المغني ٥/٢٣٠/٣٩٥٦، و فتح العزيز ١١/٣٩٣–٣٩٤، و مجموع فتاوى ٣٠/٣٨١–٣٨٣، و إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٢/١٤٩ وما بعدها، و نيل الأوطار ٥/٣٧٢، ٣٧٤؛ وانظر أيضًا من الكتب الحديثة: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء للدكتور مصطفى سعيد الخنّ، ص ٥٨–٥٩، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٥/٨٠٣) .

(٣) ج : شفعة .

(٤) ج : ابن عباس .

و ابن مسعود: هو عبد الله بن مسعود . تقدمت ترجمته (ج ١، ص ٨) .

روى عبد الرزاق و أحمد والطحاوى وابن حزم عن علي وابن مسعود – رضى الله عنهما – أنهما قالا جميعا: " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجوار " . و روى ابن أبي شيبة من ثلاثة طرق عن علي و عبد الله بلفظ: " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة للجوار " . .

قال ابن حزم: خبر علي وابن مسعود منقطع . وقال صاحب إعلاء =

في القُرْب(١) ، ثم لِمَنْ يليه إلى آخر الجوار (٢) ، إلّا أن يكون الطريق نافذة ، فلا تجب لغير الجار الملاصق (٣) .

استدلالا

= السنن من الحنفية : " وفيه رجل مبهم ، وهولا يضر عندنا ، لأن الأصل في القرون الثلاثة العدالة ، ولو سلم فغايته الضعف ، والضعيف يصح مشاهدا . وإنما ذكرناه للاستشهاد بحديث جابر " .

انظر : المصنف لعبد الرزاق ٨/٧٨/١٤٣٨٤ ، والمصنف لابن أبي شيبة ٧/١٦٢-١٦٤/رقم الباب (٤٠٥) /رقم الخبر (٢٧٥٨ ، ٢٧٥٩ ، ٢٧٦٠) ، والمسند ١/١١٤ ، وشرح معاني الآثار ٤/١٢٣ ، والمحلى ٩/١٠١/١٦١١ ، وإعلاء السنن ١٧/١٢ .

---

(١) ب : من القرب .

(٢) ج : الجواب .

(٣) تثبت الشفعة عند الحنفية في حقوق العقار كالطريق والشِّرْب الخاصَّيْن ، والجار الملاصق ، كما تثبت في الشركة في نفس المبيع .

ولا تثبت الشفعة بالطريق النافذ . أما إذا كان الطريق غير نافذ – وهو الطريق الخاص – فكل أهل السكة فيه شفعاء ولو مقابلا ، حيث إنه يعتبر خليطًا ، لا جارًا ، لأنه شريك في الطريق . والمراد بعدم النفاذ : أن يكون لأهله حق المنع غَيْرَهُم مِن استطراقه .

وحق الشفعة عند الحنفية على مراتب: يُقَدَّم الشريكُ فيها في نفس المبيع، ثم الشريك في حقوق المبيع بعده ، ثم الجار الملاصق بعدهما . ذكر ابن عابدين المثالَ التالي مُوَضِّحًا الترتيبَ في حق الشفعة :

" بينهما منزل في دارٍ لِقَوْمٍ (في طريق غير نافذ) ، باع أحدهما نصيبه منه ، فشريكه فيه أحق ، ثم الشركاء في الدار ، لأنهم أقرب ، ثم في السكة ، ثم للجار الملاصق " .

واستمرّ قائلاً : " واعلم أَنَّ كُلَّ موضع سلم الشريك الشفعة ، فانما تثبت للجار إنْ طَلَبَها حين سمع البيع ، وإنْ لم يكن له حق الأخذ في الحال . أما إذا لم يطلب حتى سلم الشريك ، فلا شفعة له " .

قوله (الشِّرْب) : هو نوبة الانتفاع بالماء بسقى الحيوان والزرع . (انظر : المغرب ص٢٤٦ ، والمصباح ١/٣٠٨ مادة " شرب " ، ومجمع الأنهر ٢/٤٧٢-٤٧٥) .

وقوله (الطريق النافذ) : الطريق الذى لا يملك أَهْلُهُ سَدَّه ، حيث إنّ الجميع ينتفع به .

وقوله (الجار الملاصق) : هو الجار الذى تكون داره على ظهر الدار المشفوعة ، وبابه في سكة أخرى ، ولو بينهما طريق نافذ ، دون الجار المحاذى : ولا شفعة له ، وإنْ قربت الأبواب ، لأن الطريق الفارقة تزيل الضرر . والملاصق بجانب واحد ولو بشبر كالملاصق مِن ثلاثة جوانب ، فهما سواء .

استدلالاً برواية عمرو بن الشَّرِيد (١) عن أبي رافع (٢) أنّ (٣) رسول الله (٤) صلى الله عليه وسلم (٥) قال: " الجارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ "، و روى " بِسَقَبِهِ " (٦)، يعني بِقُرْبِهِ (٧) .

و برواية

= انظر: المبسوط ١٤/ ٩٠ وما بعدها، والبدائع ٦/ ٢٦٩٠-٢٦٩١، والهداية ٩/ ٣٦٩ وما بعدها، والبناية في شرح الهداية للعيني ٨/ ٤٤٩ وما بعدها، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٣٩ وما بعدها، والدر المختار و معه حاشيته رد المحتار لابن عابدين ٦/ ٢٢٠-٢٢١، و الفتاوى الهندية ٥/ ١٦٥ وما بعدها، والاختيار ٢/ ٤٣-٤٤؛ و ر: ص ١٩/٥٨١ - مسألة .

---

(١) ب: عمر بن عبد العزيز . والصحيح ما أثبتُه .
هو عمرو بن الشريد بن سُوَيْد الثقفي، أبو الوليد، الطائفي . روى عن أبيه وأبي رافع وسعد وطائفة ... وعنه ابراهيم بن مَيْسَرَة و يعلى ابن عطاء وطائفة ... قال ابن حجر نقلا عن العجلى إنه قال: حجازى تابعي ثقة، ذكره ابن حبان في الثقات .
ولم أقف على تاريخ وفاته فيما اطلعت عليه في مظانه من المصادر .
انظر ترجمته في (الجرح والتعديل للرازى ٦/ ٢٣٨/ ١٣٢٢، والكاشف ٢/ ٢٣١/ ٤٢٣٥/ ١٧٢١، وتهذيب التهذيب، ٨/ ٤٧-٤٨/ ٧٩) .

(٢) هو مولى النبي صلى الله عليه وسلم . اختلف في اسمه . فقيل: أسلم، وقيل: ابراهيم، وقيل: صالح، وقيل: ثابت، وقيل: غير ذلك . توفى في خلافة على رضى الله عنه على الأصح على ما ذكره ابن الأثير، وقيل: توفى في خلافة عثمان رضى الله عنه . (انظر ترجمته في: الكامل لابن الأثير ٢/ ٣١١، ٣/ ٢٠٠، وأسد الغابة ٦/ ١٠٦/ ٥٨٦٧، وتهذيب التهذيب ١٢/ ٩٢/ ٤٠٧) .

(٣) ج: عن .

(٤) ج: النبي .

(٥) جاء بعده في ج: انه .

(٦) أخرجه بهذا السند واللفظ للبخارى في صحيحه .
انظر: ٣/ ٤٧ الشفعة (٣٦) - عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع (٢)، و ٨/ ٦٥-٦٧ الحيل (٩٠) - باب الهبة والشفعة (١٤)، وباب احتيال العامل لِيُهْدَى لَهُ (٥) .

(٧) أى أنّ الجار أحق بالشفعة من الذى ليس بجار عند مَنْ أوجب الشفعة للجار . (انظر: معالم السنن بذيل مختصر سنن أبي داود للمنذرى ٥/ ١٦٩ البيع - باب في الشفعة، والنهاية ٢/ ٣٧٧ مادة " سقب "، و ٣/ ٤١ مادة " صقب "، و جامع الأصول ١/ ٥٨٥) .

و برواية شُعْبَة (١) عن قتادة (٢) ، عن الحسن (٣) ، عن سمرة (٤) ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه (٥) قال : " جار الدار أحق بدار الجار أو (٦) الأرض (٧) .

و برواية

(١) هو شعبة الحجاج بن الورد ، العَتكي الأزدي مولاهم ، أبو بسطام الواسطيّ ، ثم البصري . مِن أئمة رجال الحديث حفظا و دراية وتثبتا . و هو مِن تابعي التابعين . توفي سنة (١٦٠ هـ) .
انظر ترجمته في (حلية الأولياء ٧ / ١٤٤ / ٣٨٨ ، وتاريخ بغداد ٩ / ٢٥٥ / ٤٨٣٠ ، وصفوة الصفوة ٣ / ٣٤٩ ، وتهذيب الأسماء واللغات ١ / ١ / ٢٤٥ / ٥٢ ، وتذكرة الحفاظ ١ / ١٩٣ / ١٨٧ ، وطبقات الحفاظ ص ٨٣ رقم ١٧٦ ، وشذرات الذهب ١ / ٢٤٧) .

(٢) ب : (عصاة) . والمثبت هو الصحيح . وهو قتادة بن دعامة . سبقت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٣٣) .

(٣) هو الحسن البصري . سبقت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٣١) .

(٤) هو سمرة بن جندب . سبقت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٣٦) .

(٥) ساقطة من ج .

(٦) ج : (و) .

(٧) أخرجه بهذا السند أبو داود ٢ / ٢٥٦ ، والترمذي ٢ / ٤١١ – ٤١٢ / ١٣٨٠ ، والبيهقي – السنن الكبرى – ٦ / ١٠٦ ، وأحمد – المسند – ٥ / ٨ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٧ ، ١٨ ؛ إلاّ أنهم ذكروا " سعيدا " بدلا من " شعبة " ، غير أن أبا داود لم يذكر أيضا " سعيدا " . واللفظ لأبي داود .
و أخرج الطحاوي في " شرح معاني الآثار " ٤ / ١٢٣ مثله عن شعبة ، عن يونس ، عن الحسن ، عن سمرة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، كما أنه روى عن قتادة ، عن أنس ، عن سمرة بن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " جار الدار ، أحق بشفعة الدار " .
وأخرجه ابن حبان في " موارد الظمآن " ص ٢٨١ ، رقم ١١٥٣ من طريق آخر عن قتادة عن أنس . وله شاهد عند أحمد في " مسنده " ٤ / ٣٨٨ من حديث قتادة عن عمرو بن شعيب عن الشريد بن سويد الثقفي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " جار الدار أحق بالدار من غيره " .
قال أبو سليمان الخطابي : " و قد تكلموا في إسناده ... " (معالم السنن بذيل مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥ / ١٧٠ / ٣٣٧٤) .
ولكن الترمذي صححه ، حيث قال : " والصحيح عند أهل العلم حديث الحسن عن سمرة ، ولا نعرف حديث قتادة عن أنس ، إلاّ مِن حديث عيسى بن يونس " . (الترمذي المذكور أعلاه) .

وبرواية عبد الملك (١) عن (٢) عطاء (٣) عن جابر بن عبد الله (٤) قال :
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الجارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ / : (٦٩ /ب ـ ب) يُنْتَظَرُ بِهَا ، وإنْ كان غَائِبًا ، إذَا كان طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا "(٥) (٦) .

و روى

---

(١) هو عبد الملك بن أبي سليمان ، أبو محمد ، ويقال : أبو سليمان ، و قيل : أبو عبد الله العَرْزَمي : أحد الأئمة ، روى عن أنس بن مالك وعطاء بن أبي رباح وغيرهما ... وعنه شعبة والثوري وابن المبارك وغيرهم ... ثقة مأمون من خيار أهل الكوفة ، تكلم فيه شعبة لتفرده عن عطاء بحديث الشفعة للجار . توفي سنة (١٤٥ هـ) . (اسم أبيه ميسرة) .
انظر ترجمته في (الجرح والتعديل ٥ /٣٦٦ـ٣٦٧/ ١٧١٩ ، و ميزان الاعتدال ٢ /٦٥٦/ ٥٢١٢ ، وتهذيب التهذيب ٦ /٣٩٦/ ٨٤٨) .

(٢) (عن) : من ب ؛ وفي أ ، ج : (بن) .
(٣) هو عطاء بن أبي رباح . سبقت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٣٠) .
(٤) (بن عبد الله) : ساقطة من ب ، ج ؛ وجاء في ب بعد (جابر) : (رضى الله عنه) . سبقت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٣٩٢) .

(٥) في جميع النسخ : (واحدة) ، صححتها كما وردت الكلمة في كتب السنن .

(٦) أخرجه بهذا السند أبو داود ٢ /٢٥٦ ، والترمذى ٢ /٤١٢ـ٤١٣/ ١٣٨١ ، والدارمي ٢ /٢٧٣ ، وأحمد ـ المسند ـ ٣ /٣٠٣ ، والطحاوى ـ شرح معاني الآثار ـ ٤ /١٢٠ ، والبيهقي ـ السنن الكبرى ـ ٦ /١٠٨ .
و اللفظ لأبي داود و أحمد ، إلا أنهما قالا : " واحدًا " ، وليس بـ "واحدة " .
قال الترمذى : حديث حسن غريب . وقال الخطابي في " معالم السنن " بذيل مختصر سنن أبي داود للمنذرى (٥ /١٧٠ـ ١٧٢) : " عبد الملك بن أبي سليمان ليّن الحديث ، وقد تكلم الناس في هذا الحديث ... " . ونقل المنذرى عن الإمام أحمد أنه أنكر هذا الحديث . (انظر : المختصر نفسه) .
وقال البيهقي في السنن الكبرى السابقة : هذا حديث منكر . و سكت عنه السيوطي . و قال المناوى : " حديث لم يثبت ، بل هو مطعون فيه " . (انظر : الجامع الصغير مع شرحه فيض القدير ٣ /٣٥٣/ ٣٦٠٨) .
و قال ابن حجر : " رواه أحمد والأربعة ورجاله ثقات " . علق عليه الصنعاني فقال : " أحسن المصنف بتوثيق رجاله وعدم إعلاله ، وإلا فانهم قد تكلموا في هذه الرواية بأنه انفرد بزيادة قوله : " إذا كان طريقهما واحدا " عبد الملك بن أبي سليمان العَرْزَمي . قلت : وعبد الملك ثقة مأمون لا يضر انفراده كما عرف في الأصول وعلوم الحديث " . (انظر : بلوغ المرام لابن حجر مع شرحه سبل السلام للصنعاني ٣ /٧٥) .
وقال عنه الترمذى (٢ /٤١٢) : " وعبد الملك و هو ثقة مأمون عند أهل الحديث ، لا نعلم أحدًا تكلم فيه غير شعبة ، من أجل هذا الحديث ؛ وقد روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك بن أبي سليمان هذا الحديث " .
و عليه أن الحديث صحيح .

وروى أبوسعيد الخدرى (١) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: " الْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ، وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ " (٢) .

و روى

---

(١) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .

هوسعد بن مالك بن سنان ، أبوسعيد الخدرى ، الأنصارى ، الخزرجي : صحابي جليل ، كان من ملازمي رسول الله صلى الله عليه وسلم في حله وترحاله ، غزا اثنتى عشرة غزوة ، روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (١١٧٠) حديثاً . توفى سنة (٤٧ هـ) .

انظر ترجمته في (الإستيعاب ٨٩/٤، وصفة الصفوة ٧١٤/١ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢ / القسم الأول /٢٣٧ /٢٥٥ ، وتذكرة الحفاظ ١ /٤٤/ ٢٢، والإصابة ٣١٩٦/٣٥/٢ و ٥٢٢/٨٧/٤) .

(٢) لم أقف على من خرجه بهذا اللفظ عن أبي سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم ؛ وإنما أخرجه عبد الرزاق والطحاوى عن أيوب، عن الشعبي

وابن سيرين عن شريح بلفظه ، إلاّ أنهما قالا : " ممن سواه " بَدَلاً " من غيره " ، كما أنّ ابن أبي شيبة أخرجه عن الشعبي (عن شريح) بلفظ: " الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار ، والجار أحق ممن سواه " .

وهو قول شريح ، و ليس بحديث على ماذكره الطحاوى .

ذكر الزيلعي في " نصب الراية " (١٧٦/٤) : حديثًا بلفظ: " الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع " ؛ فقال: " قلت: غريب ؛ وذكره ابن الجوزى في " التحقيق " ، وقال: إنّه حديث لا يعرف، وإنما المعروف ما رواه سعيد بن منصور ثنا عبدالله بن المبارك عن هشام بن المغيرة الثقفي ، قال: قال الشعبي : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب " . (انتهى) .

ثم ذكر الزيلعي ما روى عن شريح والذى أسلفناه .

انظر قول شريح في (مصنف عبد الرزاق ٧٨/٨ /١٤٣٨٦، و ٧٩/٨/ ١٤٣٨٧، ١٤٣٨٨ ، و مصنف ابن أبي شيبة ٢٧٦٧/١٦٧/٧ ـ كتاب البيوع والأقضية ـ ، و شرح معاني الآثار للطحاوى ١٢٤/٤ ـ ١٢٥).

وروى عمرو بن (١) [٢] الشريد عن أبيه الشريد بن سُوَيْد [٢] أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم : إنّ أرضًا بيعت ليس لي فيها قَسْمٌ ولا شِرْبٌ(٣)٠ فقال النبى صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق بشفعة جارك يا شريد "٠(٤) ٠

قالوا

---

(١) ج : عمر بن ٠

(٢) أ ، ج : (الشريد بن سويد عن أبيه أنه) ، ب : (الشريد عن بريد أنه)٠ والصحيح ما أثبته ، والتصحيح من كتب الحديث والتراجم ٠

سبقت ترجمة عمرو بن الشريد ، (ص ٤١٩)٠ و (الشريد بن سويد) : هو أبو عمرو الشريد بن سويد الثقفي الحجازى ، الصحابي رضى الله عنه : روى عن ابنه عمرو و يعقوب بن عاصم ، وعنه مسلم في صحيحه ٠ ولم أقف على تاريخ وفاته فيما اطلعت عليه من المصادر ٠

أنظر ترجمته في (أسد الغابة بتحقيق محمد إبراهيم البناء وآخرين ــ طبع شعب ــ ٢/٥٢٠ــ٥٢١/٢٤٢٩ ، و تهذيب الأسماء واللغات ١ / القسم الأول /٢٤٤/ ٢٥١) ٠

(٣) قوله (شرب) :هكذا في جميع النسخ ٠ وهو عند النسائي (شركة) ، عند ابن ماجه (شرك) ، عند أحمد والطحاوى (شريك) ٠ ولم أقف على قوله : (شرب) فيما اطلعت عليه من المصادر التي تناولت الحديث ٠(انظر: المصادر التي سَتُذْكَر أثناء تخريج الحديث) ٠

(٤) أخرج نحوه بسنده كُلّ من : النسائي ٧/٣٢٠ ، وابن ماجه ٢/٨٣٤/ ٢٤٩٦ ، وأحمد ــ المسند ــ ٤/٣٩٠ ، والطحاوى ــ شرح معاني الآثار ــ ٤/١٢٤ ، والبيهقي ــ السنن الكبرى ــ ٦/١٠٥ ؛ كما أن عبد الرزاق أخرج نحوه في مصنفه (٨/٧٧) و كذلك ابن أبي شيبة في مصنفه (٧/١٦٤ــ١٦٥) ٠ واللفظ عند الطحاوى ما يلي نصه :

" عن عمرو بن الشريد عن أبيه الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول الله ، أرض ليس فيها لأحد قَسْمٌ و لا شريك ، إلاّ الجوار بيعت ٠ قال : الجار أحق بِسَقَبِهِ " ٠

قال الطحاوى بعد أنّ ذكر الحديث : " فكان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بسقبه " جوابا لسؤال الشريد إياه ، عن أرض متفردة ، لا حق لأحد فيها ، و لا طريق ٠ فدل ما ذكرنا ، أن الجار الملازق ، تجب له الشفعة ، بحق جواره " ٠(شرح معاني الآثار المذكورة) ٠

قالوا : ولأنه متصل بالمبيع فجاز أن يستحق به الشفعة كالخُلْطَةِ (*) ٠

قالوا : ولأن الشفعة إنما وجبت (١) تَخَوُّفًا مِن سوء (٢) عِشْرة الداخل عليه ٠ وهذا قد (٣) يوجد في الجار (٤)، كوجوده في الخليط؛ فاقتضى / (١١٨/أ-أ) أن تجب (٥) الشفعة للجار، كوجوبها للخليط (٦) ٠

ودليلنا :

ما رواه الشافعي (٧) عن مالك، عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبد الرحمن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " الشفعةُ فيما لم يُقْسَمْ، فاذا وَقَعَت الحدودُ، فلا شُفْعَة " (٨) ٠

وهذا وإن كان مرسلا، فمرسل (٩) سعيد عند الشافعي (١٠) حسن (**) ٠

ثم قد رواه مسندًا عن مُطَرِّف / (١١) بن مازن (١٢)، (٢٩٩/ج-أ)

(*) قوله (الخُلْطَة) : الشِّرْكَة ٠ (انظر : إكمال الإعلام في تثليث الكلام لابن مالك، ١/ ١٩٤/ ٤٣٨ ٠

(١) أ، ج : (وجب)، ب : (وجبت) ٠
(٢) ب : شوق ٠
(٣) ساقطة من ج ٠
(٤) ب : الدار ٠
(٥) ب : تكون ٠
(٦) انظر : المبسوط ١٤/ ٩٠ وما بعدها، والبدائع ٦/ ٢٦٨٢، والهداية ٩/ ٣٧٣، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٣٩ وما بعدها ٠
(٧) جاء بعده في ب : رضى الله عنه ٠
(٨) (شفعة) : ساقطة من ج ٠
تقدمت تخريج الحديث، (ص ٤٠٨) ٠
(٩) ج : مرسل ٠
(١٠) جاء بعده في ب : رضي الله عنه ٠
(**) انظر : الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث للحافظ ابن كثير، تأليف أحمد محمد شاكر، ص ٤٨
(١١) ج : طرف ٠
(١٢) رواه الشافعي بهذا السند في كتابه " اختلاف الحديث" بذيل الأم (٤/٤)، ولكنه لم يذكر في سند الحديث (مطرف بن مازن)؛ وإنما قال : " أخبرنا الثقة عن معمر ٠٠٠ "، وانظر أيضا : اختلاف الحديث بذيل الأم ٨/ ٣٣٥ ٠
هو مطرف بن مازن الكناني بالولاء، قيل القيسي بالولاء، اليماني، الصنعاني، أبو أيوب، ولى القضاء بصنعاء اليمن ٠ واختلفوا في روايته : فنقل عن يحيى بن معين أنه سئل عنه فقال : كذاب، وقال النسائي : مطرف بن مازن ليس بثقة ٠ توفى سنة نحو (١٩١ هـ) ٠
انظر ترجمته في (وفيات الأعيان ٥/ ٢٠٩، ٧٢٢، و ميزان الاعتدال ٤/ ١٥٢-١٢٦/ ٢٥٨٢، ولسان الميزان ٦/ ٤٧-٤٨/ ١٨٢) ٠

عن مَعْمَر (١)، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر (٢) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشفعة فيما لم يقسم، فاذا وقعت الحدود، فلا شفعة" (٣).

فكان من هذا الحديث دليلان:

أحدهما: قوله (*): "الشفعة فيما لم يقسم": فكان دخول الألف واللام مستوعبًا لجنس الشفعة، فلم يجب في المقسوم شفعة.

والثاني: قوله: "فاذا وقعت الحدود، فلا شفعة": فصرح (٤) بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة.

فان قيل: فانما نفى الشفعة عنه بالقسمة الحادثة بعده، ففيه جوابان:

أحدهما: أنه محمول على عموم القسمة حادثة ومتقدمة.

والثاني: أنه إنما نفى الشفعة عن المقسوم بما أثبتها في غير المقسوم. (٥ فلما أثبتها في غير المقسوم ٥) بالبيع دلّ على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع.

و روى

---

(١) هو مَعْمَر بن راشد الأزدي، أبو عروة بن أبي عمرو البصري: روى عن قتادة وعاصم الأحول والزهري وغيرهم ...، وروى عنه شعبة وابن المبارك والثوري وغيرهم ... وثقه أحمد وابن معين وابن حبان والعجلي. توفي سنة (١٥٣ هـ)، وقيل غير ذلك.

انظر ترجمته في (الكاشف ٣/١٦٤/٥٦٦٢، وميزان الاعتدال ٤/١٥٤/٨٦٨٢، وتذكرة الحفاظ ١/١٩٠/١٨٤، وتهذيب التهذيب ١٠/٢٤٥/٤٣٩، وشذرات الذهب ١/٢٣٥).

(٢) جاء بعده في ب: رضى الله عنه. والأم ٨/٣٣٥.

(٣) انظر: اختلاف الحديث بهامش الأم ٤/٤٩ سبق تخريج الحديث (ص ٤٠٨).

(*) (قوله): ثبت في أ، ج على الهامش.

(٤) ج: وخرج.

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب.

و روى أبو داود (١) عن أحمد بن حنبل، عن عبد الرزاق (٢)، عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر (٣) قال: " إنّما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعةَ (٤) (٥ في كل ما لم يقسم ٥)، / فاذا وَقَعَت الحدود (١١٨/أ ـ ب) وصُرِفَت الطرق، فلا شفعة " (٦).

و (٧) هذا أقوى استدلالاً بالوجهين المذكورَيْن من (٨) الأول، لأن في

---

(١) هو داود بن الأشعث بن شداد، أبو داود السجستاني. إمام أهل الحديث في زمانه. من مؤلفاته: السنن المشهور ب " سنن أبي داود "، و " الناسخ والمنسوخ "، و " المراسيل "، و " القدر ". توفي رحمه الله بالبصرة سنة (٢٧٥ هـ).

انظر ترجمته في (اللباب ٢/١٠٥، و وفيات الأعيان ٢/٤٠٤/٢٧٢، وتذكرة الحفاظ ٢/٥٩١/٦١٥، والبداية والنهاية ١١/٥٤، وتهذيب التهذيب ٤/١٦٩/ ٢٩٨، وطبقات الحفاظ ص ٢٦١ـ٢٦٢، رقم ٥٩٣).

(٢) هو عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري، الصنعاني، أبو بكر، العلامة الحافظ، أحد الأئمة الأعلام، صاحب التصانيف، منها: المصنف المشهور. ولد سنة (١٢٦)، وتوفي (٢١١) هـ.

انظر ترجمته في (تاريخ يحيى بن معين ٢/٣٦٣، و تذكرة الحفاظ ١/٣٦٤/٣٥٧، وتهذيب التهذيب ٦/٣١٠ـ٣١٥/٦٠٨، وشذرات الذهب ٢/٢٧ (مكتبة القدسي، ١٣٥٠ هـ)، والأعلام ٤/١٢٦).

(٣) جاء بعده في ب: رضى الله عنه.

(٤) (الشفعة): من ب، ج؛ ساقطة من أ.

(٥) أ: (في كل مال لم يقسم): هذا لفظ البخاري وأحمد في رواية عنهما، ب: (فيما لم يقسم)، ج: (في كل ما لم يقسم): هذا ما ورد في رواية أبي داود، وهو لفظ للبخاري وأحمد في رواية عنهما.

(٦) انظر: سنن أبي داود ٢/٢٥٦. وأخرجه أيضاً البخاري وابن ماجه والطحاوي وغيرهم. (ر: ص ٤٠٨ من هذه الرسالة).

قوله (وصرفت الطرق): " أي بينت مصارف الطرق وشوارعها، وكأنه من التصرف أو من التصريف. وقال ابن مالك: معناه: خلصت و بانت، وهو مشتق من الصِرف ـ بكسر المهملة ـ الخالص من كل شيء ".

انظر: فتح الباري ٩/٣١٣، و أيضاً: نيل الأوطار ٥/٣٧٢).

(٧) ساقطة من ب.

(٨) (من) من ب؛ وفي أ، ج: (في).

في (١)(*) قوله : " إنّما " إثباتًا لِما اتصل بها / ، ونفيًا لِما انفصل (٧٠/ب ـ أ) عنها ، كقوله صلى الله عليه وسلم : " إنّما الأعمال بالنيات " (٢) .

فان قيل : إنّما نَفَى الشفعةَ (٣) بصرف الطرقات ، وهي للجار (٤) غير مصروف .

قيل : الطرقات التي تصرف (٥) بالقسمة مختصة باستطراق المشاع الذى يستطرقه الشريك ليصل به إلى ملكه . فاذا وقعت (٦) القسمة انصرف استطراقه (٧) من (٨) ملك شريكه . فأما غيره من الطرقات المستحقة فلا تنصرف أبدًا (٩) .

―――――――― و روى

(١) ساقطة من ج .

(*) و به قال أبوسليمان الخطابي . (انظر : معالم السنن بذيل مختصر سنن أبي داود للمنذرى ٥/١٦٨/ ٣٣٧١) .

(٢) الحديث أخرجه البخارى ومسلم في صحيحيهما عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بلفظه مُطوّلًا . ولفظه عند البخارى ما يلي نصه : عن عمر رضى الله عنه ، قال : " سمعتُ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم يقول : إنّما الأعمال بالنيات، وإنما لِكُلِّ امْرِئٍ ما نَوى ، فمن كانت هجرتُه إلى دُنيا يصيبها أو إلى امرأةٍ يَنْكِحُهَا ، فهِجْرَتُهُ إلى ما هاجر إليه " .

انظر : صحيح البخارى ١/٢ بدء الوحى ، و ٣/١١٩ كتاب العتق (٤٩) ـ باب الخطأ والنسيان ... (٦) ، و ٤/٢٥٢ مناقب الأنصار (٦٣) ـ باب هجرة النبى ... (٤٥) ، و ٦/١٦٨ الطلاق (٦٨) ـ باب الطلاق في الإغلاق والمكرهة ... (١١) ، و ٧/٢٣١ الأيمان (٨٣) ـ باب النية ... (٢٣) ، و ٨/٥٩ الحيل (٩٠) ـ باب في ترك الحيل ... (١) ؛ وصحيح مسلم بشرح النووى ١٣/٥٣ ـ ٥٤ الإمارة ـ قوله عليه السلام ... إنما الأعمال بالنية .

راجع في شرح الحديث مفصلاً : فتح البارى ١/٣٢ و ما بعدها ، وعمدة القارى ١ / ١٦ وما بعدها .

(٣) ب : الشبهة .
(٤) أ ، ج : (الجار) ؛ ب : (للجار) .
(٥) ب : تتصرف .
(٦) جاء بعدها في ب : (به) .
(٧) ج : استواقه .
(٨) ب ، ج : في .
(٩) انظر : معالم السنن للخطابي ٥/١٦٨/ ٣٣٧١ .

وروى ابن (١) جريج (٢) عن الزهرى، عن أبي سلمة أو عن سعيد (٣) أو عنهما جميعا، عن أبي هريرة رضى الله عنه (٤) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا قُسِمَتِ (٥) الأرضُ وحُدَّت فلا شُفْعَةَ فيها" (٦).

والدليل عليه (٧) من طريق القياس: (٨ هو أن تميز المبيع يمنع ٨) من وجوب الشفعة فيه، كالذى بينهما طريق نافذة (٩) و (١٠) لأن المبيع إذا لم يكن له حال (١١) يترقب فيها المقاسمة لم تثبت فيه الشفعة، قياسًا على مشاع الغراس والأبنية. ولأن أصولَ الشرع مقررة على الفرق (١٢) بين أحكام المال المشترك وغير المشترك.

ألا

(١) في جميع النسخ: (بن).

(٢) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، القرشي، الأموى، مولاهم، أبو الوليد، ويقال: أبو خالد: فقيه الحرم المكي، كان إمام أهل الحجاز في عصره. قال الذهبي: كان ثبتا، لكنه يدلّس. توفي سنة (١٥٠ هـ) على الخلاف. انظر ترجمته في (صفة الصفوة ٢١٦/٢، ووفيات الأعيان ١٦٣/٣، وتذكرة الحفاظ ١٦٩/١/١٦٤، والكاشف ٢١٠/٢/٣٥٠٥، وتهذيب التهذيب ٤٠٢/٦/٨٥٥، وشذرات الذهب ٢٢٦/١، والمجموع للنووى ١٢٤/١).

(٣) في جميع النسخ: (أبي سعيد)، والصحيح ما أثبته، وهو سعيد بن المسيب، سبقت ترجمته جـ١، ص ٩. والتصحيح من سنن أبي داود (٢/ ٢٥٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٤/ ٢٤٩٧).

(٤) (رضى الله عنه): من ب، ولم يثبت في أ، ج.

(٥) ج: قسمه.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (٢/ ٢٥٦)، بسنده ولفظه، كما أخرج ابن ماجه (٢/ ٨٣٤/ ٢٤٩٧) نحوه مسندًا من طريق أبي سلمة عن أبي هريرة، ومرسلا من طريق سعيد بن المسيب. (ر: ص ٤٠٨، رقم الهامش ٥ من هذه الرسالة).

قال الخطابي: "وفي هذا (الحديث) بيان أن الشفعة تبطل بنفس القسمة والتمييز بين الحصص بوقوع الحدود. ويشبه أن يكون المعنى الموجود للشفعة: دفع الضرر بسوء المشاركة، والدخول في ملك الشريك. وهذا المعنى يرتفع بالقسمة. وأملاك الناس لا يجوز الاعتراض عليها بغير حجة". (معالم السنن ٥/ ١٦٧-١٦٩/ ٣٣٧٢).

(٧) (عليه): من ج.

(٨) ب: (فهو ان تميزا يمتنع يمنع).

(٩) ب: نافذ.

(١٠) ساقطة من ب.

(١١) ج: حالة.

(١٢) (على الفرق): ساقطة من ج.

ألا ترى: أن من أعتق حصة له (١) من عبد قوم عليه باقيه، ولا يقوم عليه غيره. ولو أعتق بعض عبده عتق جميعه (٢)، ولا يعتق غيره. ولو بدا صلاح بعض حائطه / حكم بصلاح جميعه، ولا يحكم بصلاح غيره. (٣). (١١٩/أ ـ أ)

فكانت شواهد هذه الأصول توجب / في الشفعة إذا ثبتت (٢٩٩/ج ـ ب) في الشركة أن تنتفي عن غير الشركة. ولأن الشفعة إنما (٤) وجبت لرفع (٥) الضرر بها، لا لدخول الضرر بها (٦). وفي وجوبها للجار ضرر داخل لتقاعده بالمالك في (٧) بذل البخس (٧) من الثمن لتشبثه (*) بأن غيره لا يقدم (٨) على ابتياعها (٩) مع علمه (٩) بشفعته (١٠)، ولا يوجد مثل ذلك في المشترك. لأن الشريك يقدر على رفع (١١) هذا الضرر بمقاسمة شريكه،

وما

---

(١) قوله (من أعتق ...): وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من أعتق شركا له في عبد قوم عليه إن كان مُوسِرًا". (سبق تخريجه في كتاب الغصب: جـ١، ص ١١٠ـ١١١).
يراجع في تفصيل ذلك: البدائع ٥/٢٣٥٧ وما بعدها، والروضة ١٢/١١٢، ومغني المحتاج ٤/٤٩٥ـ٤٩٦، ومجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ٣٠/٣٨٤.

(٢) قوله (عتق جميعه): وذلك لِما فيه سراية لنظيره في الطلاق وسواء الموسر وغيره، هذا إذا كان باقيه له. وبه قال أبو يوسف ومحمد، لأن الاعتاق لا يتجزئ عندهما. وعند أبي حنيفة يتجزئ، فيقصر العتق ما أعتقه. (انظر تفصيل ذلك في: البدائع ٥/٢٣٥٥ـ٢٣٥٦، والاختيار ٤/٢٣، والروضة ١٢/١١٠، ومغني المحتاج ٤/٤٩٢ ـ كتاب العتق ـ).

(٣) قوله (ولو بدا صلاح بعض حائطه...): انظر تفصيل ذلك في: الروضة ٣/٥٥٥، ومغني المحتاج ٢/٩١ ـ البيوع ـ).

(٤) (انما): من ب؛ ولم تثبت في أ، ج.

(٥) ب: لدفع.

(٦) (بها): من ب؛ وفي أ، ج: (فيها).

(٧) ب: (بدن النجس)، ج: (بدل الجنس)، أ: بدل الخس، أو: (النحس)، أو: (الخمس). لعل الصواب ما أثبته. والبخس: النقص. وبهذا يستقيم المعنى. ومنه قوله تعالى: ((ولا تَبْخَسُوا النَّاسَ أشياءَهُم)). (الشعراء: ١٨٣).

(٨) ب، ج: لا يقدم. أ: لا يقوم

(*) ب: لنفيه.

(٩) (مع علمه): ساقطة من ب

(١٠) ب: كشفعته.

(١١) ب، ج: دفع.

وما كان موضوعا لرفع (١) الضرر لم يجز أن يدخل فيه الضرر • و (٢) لأن الاستحقاق للشفعة(*) في المشترك إنما هو لضرر لا يقدر على دفعه، و هو مؤنة القسم (٣) • وهذا (٤) المعنى معدوم في غير المشترك •

فأما الجواب عن قوله — " الجار أحق بصقبه " — : فمن وجهين:

أحدهما : أنه (٥) أَبْهَمَ الحق ولم يصرّح به ، فلم يجز أن يحمل على العموم في مُضْمَرٍ ، لأنّ العموم مستعمل في المنطوق به دون المضمر •

والثاني : أنه محمول على أنه أحق بالفناء (٦) الذى بينه وبين الجار (٧) ممن ليس بجار (٨) أو يكون ساقطا (٧) أن (٩) يكون مرتفقا به (١٠) (١١) •

---

(١) ب : لدفع •
(٢) ساقطة من ب •
(*) ب : استحقاق الشفعة •
(٣) انظر : فتح العزيز ١١/ ٣٨٠–٣٨١ ، و ر: ص ٤٤١/ د / ٣ (فصل) ، و ر : ص ٥٧٥/ ٥٧٢ ١٨ — مسألة •
(٤) (وهذا) : صححت في ج على الهامش •
(٥) (انه) : صححت في ج على الهامش •
(٦) جاء بعدها في أ ، ج : (من) ، ولم تثبت في ب ؛ ولعلها زيادة في أ ، ج ، وبدونها يستقيم المعنى •
(٧) ما بين القوسين ساقط من ج •
(٨) جاء في أ بعد قوله (بجار) قوله : (أو يكون) وهو لم يثبت في ب، ج •
(٩) ج : وان •
(١٠) ج : مرتفعا به •
(١١) قال الخطابي عن الحديث المذكور :
" وقد يحتج بهذا من يرى الشفعة بالجوار ، وإن كان مقاسمًا ، إلّا أن هذا اللفظ مبهم يحتاج إلى بيان •
و ليس في الحديث ذكر الشفعة : فيحتمل أن يكون أراد الشفعة • وقد يحتمل أن يكون أراد أنه أحق بالبر والمعونة ، وما في معناهما •
وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : " أنّ رجلاً قال : إنّ لي جارَيْن ، إلى أيّهما أهدى ؟ قال : إلى أقربهما منك دارًا ، أو بابًا " :
وقد يحتمل أن يجتمع بين الخبرَيْنِ • فيقال : إنّ الجار أحق بسقبه إذا كان شريكًا • فيكون معنى الحديثين على الوفاق دون الاختلاف " •
(معالم السنن ٥/ ١٦٩/ ٣٣٧٣) •

(٧٠ / ب ـ ب)

وقيل / : بل هو في البادية إذا (١) انْتَجَعُوا (٢) أرضًا ، فنزلوها ، كان جار المنزل المقارب (٣) له أحق بالمكان إذا رحل النازل عنه لِصَقَبِه . و الصقب عمود الخيمة (٤) على هذا الاستعمال . وتأويلُه على الاستعمال الأول القُرب . ومنه (٥) قول ابن قيس الرُّقَيَّات (٦) :

كُوفِيَّةٌ ، نازحٌ مَحِلَّتُها ، لا أَمَمٌ دارُها و لا صَقَبُ (٧) .

و أما الجواب عن الحديث الثاني ـ (٨ من قوله صلى الله عليه وسلم ٨) : " جار الدار أحق بدار الجار " ـ : فرواية الحسن عن سمرة :

واختلفوا في لقاء الحسن لِسَمُرَة (٩) : فقال بعضهم لم يلقه . وقال آخرون : لقيه ، فلم (١٠) يَرْوِ عنه ، إلّا حديثًا واحدًا ، وليس هو هذا الحديث (١١) . (١٢ ثم لو سلم لَكَانَ عنه الجوابان المذكوران .

و أما

---

(١) ساقطة من ب . ب : انتجوا .

(٢) قوله (اذا انتجعوا ...) : أى إذا ذهبوا لطلب مواضع الكلاء فيها للإقامة . (انظر : اللسان ٨/٣٤٧ ، والمصباح ٢/٥٩٤ ، والمعجم الوسيط ٢/٩١٠ـ٩١١ ؛ مادة " نجع ") .

(٣) ب : المتقارب .

(٤) انظر : اللسان ١/٥٢٥ ، مادة " صقب " .

(٥) ب : فمنه .

(٦) هو عبيد الله بن قيس بن شُريح بن مالك مَن بني عامر بن لؤيّ : شاعر قريش في العصر الأموى . كان مقيما في المدينة ، وقد ينزل الرقة . أكثر شعره الغزل والنسب ، وله مدح وفخر . وقيل اسمه : عبد الله ، والصواب التصغير على ما ذكره الزركلي . له ديوان شعر . مات نحو (٨٥ هـ) .
انظر ترجمته في (الشعر والشعراء لابن قتيبة ١/٥٣٩ـ٥٤٠ ، ٩٦/٦ ، والأعلام ٤/٣٥٢ ، و معجم المؤلفين ٦/ ٢٤٣ ، فيه : (سريح) .

(٧) ذكره ابن المنظور في " لسان العرب " (١/ ٥٢٥ ، مادة " صقب ") .
قوله (نازح) : بعيد . (انظر : تهذيب اللغة ٤/٣٦٦ ، مادة " نزح ") .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٩) أ ، ج : (سمرة) ، ب : (لسمرة) .

(١٠) ب ، ج : (ولم) .

(١١) ذكر الخطابي و المنذرى أن الحسن سمع من سمرة حديث العقيقة حسب . (انظر : معالم السنن بذيل مختصر سنن أبي داود للمنذرى ، و المختصر نفسه لقول المنذرى ٥/١٧٠/٣٣٧٤) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ب .

وأما الجواب عن الحديث الثالث — من (١ قوله صلى الله عليه وسلم ١): " الجار أحق بشفعة جاره ، يُنْتَظَر بها وإن كان غائبًا " (٢) — : فرواية عبد الملك بن أبي سليمان : و (٣) كان ضعيفًا • وقال شعبة : لو روى عبد الملك حديثًا آخر مثل حديث الشفعة (٤) (لـ) بطل حديثه (٥) • ثم يحتمل مع (٦) تسليمه على عرض المبيع على جاره (٧) •

و أما الجواب عن الحديث الرابع — من قوله (٨) صلى الله عليه وسلم (٩) : " الخليط (١٠) أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره " — : فهو حديث منقطع ، و إنْ صَحّ فمحمول على أنه أحق عند الطلب وقت الشراء •

و (١١) أما الجواب عن الحديث الخامس / — من قوله صلى (٣٠٠/ج—أ) الله عليه وسلم (١٢) للشريد : " أنت أحق بشفعة جارك يا شريد " — : فهو (١٣) ما ذكرنا •

ثم لو سُلِّمَ استدلالُهم مِن هذه الأخبار لَكان محمولاً على الجار الشريك ، لأن اسم الجوار يختص بالقريب ، والشريك أقرب من اللصيق ، فكان (١٤) أحق باسم الجوار • وقد أطلقت العرب ذلك على الزوجة لقربها ، فسمتها

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب ، و في ج : (قوله عليه السلام) ، (قوله) : تكرر في ج •
(٢) دوام الحديث : " ••• إذا كان طريقهما واحدًا " • (ر : ص ٤٢) •
(٣) ساقطة من ب •
(٤) ب : (مثل هذا الحديث الشفعة) •
(٥) انظر في قول شعبة عن عبد الملك بن أبي سليمان : معالم السنن ٥/١٧٠—٣٣٧٥/١٧١ ، وتهذيب التهذيب ٦/٣٩٦/٨٤٨ و إعلام الموقعين ٢/١٤٥ ، وتهذيب الإمام ابن قيم الجوزية بذيل مختصر سنن أبي داود للمنذرى ٥/١٦٦ •

(٦) ب : على •
(٧) قال الخطابي في تعليقه على الحديث : " قد يحتمل أيضًا : أن يُوَفَّق بينه وبين الأحاديث المتقدمة • فيتأوّل على المشاع • لأن الطريق إنما يكون واحدًا على الحقيقة في المشاع ، دون المقسوم " • (معالم السنن السابق أعلاه) •
(٨) (من قوله) : من ب ، ج ؛ وفي أ : (و قوله) •
(٩) (صلى الله عليه وسلم) : لم يثبت في ب ، وفي ج : (عليه السلام) •
(١٠) (الخليط) : من ج ، و في أ ، ب : (الخليطان) •
(١١) ساقطة من ب • (١٢) (صلى الله عليه وسلم) : لم يثبت في ب •
(١٣) جاء بعده في : (كما) • (١٤) ب : وكان •

فسمتها / جارة . قال (١) الأعشى (٢) : (١٢٠/أ-أ)

أَجَارَتَنَا بِيني فإنّكِ طالِقَهْ / وَمَوْمُوقَة (٣) ما كنت (٤) فينا و وامقهْ

(٥ أَجَارَتَنَا بِيني فانّكِ طالِقَهْ / كذَاكِ (٦) أُمورُ الناسِ تَغْدُو (٧) وطارِقَهْ ٥)

و (٨) بِيني فإنّ البَيْنَ خيرٌ مِنَ العَصَا (٩) / (١٠ وأن لا تزالي ١٠) فوقَ رأسي (١١) بارِقَهْ

حَبَسْتُكِ حتى لامَني (١٢ الناسُ كلُّهم ١٢) / وخفتُ بأن تأتي لدىَّ ببائقه

وذُوقي فَتَى حيَ فإنّي ذائقٌ / فَتَاة لحى (١٣) مِثْلَ ما أنتِ ذائِقَهْ (١٤) .

و كان

(١) ب : وقال .
(٢) تقدمت ترجمته ، ج ١ ، ص ١٢ .
(٣) أ : (موفوقة) ، ب: (موقوفة) ، ج ، المختصر : (مومومقة) ، وكذلك في ديوان الأعشى . (مومومقة): أي محبوبة . (اللسان ١٠/ ٣٨٥ مادة " ومق ") .
(٤) ب : بالبت .
(٥) ما بين القوسين ساقط من أ .
(٦) ب : (كذلك) ؛ ج ، المختصر : (كذاك) ، وكذلك في ديوان الأعشى .
(٧) ب ، ج : (تغدوا) ، المختصر : (تغدو) ، وفي ديوان الأعشى :(غاد) .
(٨) ساقطة من ب .
(٩) ج : العصى .
(١٠) (وان لا تزالي) : هكذا في جميع النسخ والمختصر ، وفي ديوان الأعشى : (إلّا تزال) .
(١١) المختصر وديوان الأعشى : (رأسك) .
(١٢) في اختلاف الحديث بهامش الأم (٤/ ٦، و ٧/ ٥٣٦) : (كل صاحب) .
(١٣) أ ، المختصر : (لحى) ، ب : (الحى) ، ج : (بحى) .

(١٤) القصيدة قالها الأعشى لامرأته الهزانية حين طلقها .
انظر: ديوان الأعشى (دار صادر - بيروت ، ١٣٨٠ هـ - ١٩٦٠م) ، ص ١٢٢ و اختلاف الحديث بذيل الأم ٤/ ٦ و ٨/ ٥٣٦ ، والمختصر ٨/ ١١٩ ، والصحاح ٢/ ٦١٨ ، واللسان ٤/ ١٥٤ ؛ مادة " جور " .

والقصيدة في " ديوان الأعشى " ما يلي نصه :

يَا جَارَتي بِيني ، فانكِ طالِقَهْ / كذاكِ أُمورُ الناسِ غادٍ و طَارِقَهْ
وَبيني ، فإنّ البَيْنَ خَيْرٌ مِنَ العَصَا / وإلّا تَزالُ فوقَ رأسِكِ بارِقَهْ
وَمَا ذاكَ مِنْ جُرمٍ عَظيمٍ جَنَيتِهِ / وَلا أَنْ تَكُوني جِئتِ فينا بِبائِقَهْ
وَبيني حَصَانَ الفَرْجِ غَيْرَ ذَميمَةٍ / وَمَوْمُوقَةً فِينَا ، كَذاكَ وَ وَامِقَهْ

وكان السبب في قول الأعشى لذلك ، أنه تزوج امرأة كرهه (١) قومها ، وأخذوه بالنزول عنها ، فلم يقتنعوا منه بالطلقة (٢) الأولى ولا بالثانية . فلما طلقها / الثالثة كُفُّوا عنه . فعند ذلك قال عروة بن الزبير : (٧١/ب ـ أ) نزل (٣) الطلاق موافقا (٤) لطلاق الأعشى (٥) .

وأما الجواب عن قياسهم على الخُلْطَة ، فالمعنى فيها (٦) الخوف من مُؤْنَة القَسْم .

وأما (٧) الجواب عن قولهم ـ إنها وجبت في الخلطة تخوفًا من سوء عِشْرة الداخل عليه ـ : فهو أنَّ سوء العِشرة مما يجب منع السلطان منه ، فصار مَقْدورًا على دفعه بغير الشفعة . وإنّما وجبت الشفعة لأجل ما لا يمكن دفعه إلّا بالشفعة . وليس ذلك إلّا مؤنة القَسْم ، لأنها حق لا يمكن (٨) دفعها (٩)

عند

= وَذُوقي فتى قَوْمٍ، فإنّي ذائقٌ فتاةَ أناسٍ مِثْلَ ما أنتِ ذائقَهْ
فقدْ كانَ في شُبّانِ قَوْمِك مَنكَحٌ وفِتْيانِ هِزّانَ الطّوالِ الغَرانِقَهْ .

(قوله ـ الغرانقة ـ : الواحد غُرْنُوق : الشاب الأبيض الجميل . انظر : اللسان ١٠/٢٨٦ ، مادة " غرنق ") .

---

(١) ج : كرهوه .
(٢) ب : فالطلقة .
(٣) ساقطة من ج .
(٤) ب : موافق .
(٥) انظر : المختصر : ١١٩/٨ .
(٦) ب : (فيه) ، ج : ساقطة .
(٧) ج : فأما .
(٨) (لا يمكن) : من ب ، ج ؛ ساقطة من أ .
(٩) أ : (دفعه) ؛ ب ، ج : (دفعها) .

عـنـد (١) طـلـبـهـا إلّا بالـشـــفـعـة (٢) ٠

فـصـل

(١) ب : عـن ٠

(٢) انظر: فتح العزيز ١١ / ٣٨٠ وما بعدها ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٦ ؛ و ر : ص ٤٦١ / د ١/ (فصل) ، و ص ٧٢،٥٧ ـ ١٨/ ـ مسـألة ٠

كما اتضح خلال مناقشة المؤلف أدلة الطرفين في ثبوت شفعة الجوار وعدم ثبوتها أن الحنفية يثبتونها مطلقا ، والشافعية ينفونها مطلقا ٠ و لكن بعض الفقهاء اختاروا قولا وسـطا في شفعة الجوار٠ وهو ثبوت الشفعة للجـار عند الاشتراك في حق من حقوق الملك كالطريق والماء ونحوهما ٠ وممن اختار هذا الرأى شيخ الإسلام ابن تيمية (مجموع فتاوى ٣٠ /٣٨١ـ٣٨٣) وابن قيم الجوزية والشوكاني (نيل الأوطار ٥ /٣٧٤) ٠

فقال ابن قيم الجوزية بعد عرض أدلة الطرفين و مناقشتها :

" وفي الحقيقة لا تعارض بينهما (أى بين حديث أبي سلمة دليل الشافعية ، وبين حديث عبد الملك دليل الحنفية) فان منطوق حديث أبي سلمة : انتفاء الشفعة عند تميز الحدود ، وتصريف الطرق ، واختصاص كل ذى ملك بطريق ، ومنطوق حديث عبد الملك : اثبات الشفعة بالجوار عند الاشتراك في الطريق ، ومفهومه : انتفاء الشفعة عند تصريف الطرق ٠ فمفهومـه موافق لمنطوق حديث أبي سلمة وأبي زبير ٠ ومنطوقه غير معارض له ٠ وهذا بين ٠ وهوأعدل الأقوال في المسـألة ٠

فان الناس في شفعة الجوار طرفان و وسـط :

فأهل المدينة ، وأهل الحجاز ، وكثير من الفقهاء : ينفونها مطلقا ٠ وأهـل الكوفة : يثبتونها مطلقا ٠ وأهل البصرة : يثبتونها عند الاشتراك في حق من حقوق الملك ، كالطريق ، والماء أو نحوه ، وينفونها عند تميز كل ملك بطريقه ، حيـث لا يكون بين الملاك اشـتراك ٠

وعلى هذا القول تدل أحاديث جابر منطوقها و مفهومها ٠ ويزول عنها التضـاد والاختلاف ، ويعلم أن عبد الملك لم يرو ما يخالف رواية غيره ٠

والأقوال الثلاثة في مذهب أحمد ، وأعدلها و أحسـنها : هذا القول الثالث" ٠

(تهذيب ابن قيم الجوزية بهامش مختصر سـنن أبي داود للمنذرى ٥ / ١٦٧ ، وانظر أيضا : إعلام الموقعين له ٢ /١٤٧ وما بعدها) ٠

ج ١/ (فصــــل)

فاذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخُلْطة دون الجِوار، فالكلام في الشفعـــة يشتمــل على أربعــة فُصُــول (١) :

أحدها (٢) : ما تجب به الشفعة • والثاني : ما تجب فيه الشفعة• والثالث: مَــنْ تجب له الشفعة، والرابع : ما تؤخذ (٣) بــه الشفعة • / (١٢٠/أـ ب)

فأما (٤) الفصل الأول ــوهو ما تجب به الشفعة ــ : فهوانتقال الملك بِعُقُود(٥) المعاوضات •

والعقود على ثلاثة أقسام: قسم يجب فيه العوض، وقسم لا يجب فيه العوض، وقسم اختلف قوله (٦) في وجوب العوض فيه •

فأما الوجوب للعوض، فخمسة: البيع والإجارة والصلح والصداق والخُلْع؛ فالشفعة بجميعها مستحقة كالبيع، لانتقال الملك بها عوضاً أو مُعَوَّضاً (٧) • وسنشرح حالَ كل واحدٍ منها (٨) في موضعه •

وأما ما لا يوجب العوض ــ (٩) إمّا لأنه لا ينقل الملك كالرهن / (٣٠٠/جـ ب) والعارية

---

(١) ساقطة من ج •
(٢) (أحدها) : تكررت في ج •
(٣) ب : ما يوجد •
(٤) ب : وأما •
(٥) ب :(بعقود)؛ أ، ج : (بعقد)• (ص٤٢٨)
(٦) يعني قول الشافعي رحمه الله تعالى ، وسيأتي تفصيل ذلك بعد صفحتين•
(٧) انظر : المهذب ١٤ /٣٠١ ، ومغني المحتاج ٢ /٢٩٨ •
قال الشربيني في ثبوت حق الشفعة فيما ذكره المؤلف : " أما البيع فبالنص، والباقي بالقياس عليه بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر" • (مغني المحتاج المذكور، وانظر أيضا : نهاية المحتاج ٥ /١٩٩) •
(٨) ج : منهما •
(٩) ما بين القوسين ساقط من ب •

والعارية، أو(١) لأنه لا يوجب العوض (٩) مع انتقال الملك كالوقف والوصية ـ : فلا شفعة به ، لأن(*) ما لا ينقل الملك لا يستحق به نقل الملك ، وما لا عوض فيه لا مُعَوَّضَ فيه (٢) .

فأما إذا قال الرجل لِأُمّ وَلَدِهِ : إذا خدمتِ وَرَثَتِي سَنَةً بعد مَوْتِي فلكِ هذا الشقص (٣) ؛ فَخَدَمَتْهُم (٤) سَنَةً بعد موته (٤) استحقت الشقص .

واختلف أصحابنا : هل يغلب في ملكها للشقص حُكْمُ المعاوضات أو حكمُ الوصايا ؟ على وجهين :

أحدهما : أَنَّ حُكْمَ المعاوضات عليه (٥) أغلبُ ، لأنها استحقته بخدمتها . فعلى هذا: يأخُذُهُ الشفيعُ بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة .

والوجه الثاني ـ وهو الظاهر مِن مذهب الشافعي (٦) ـ : أَنَّ حكم الوصايا أغلبُ عليه لأمرين (٧) / : (٧١/ب ـ ب)

أحدهما : اعتباره / مِنَ الثلث . والثاني : ملكها (٨) الشقصَ (١٢١/أ ـ أ) عمّن لم يملك الخدمة . فعلى هذا: تكون وصيته (٩) على صفة بعد (١٠) الموت، ولا شفعة فيها (١١) .

وأما

---

(١) جاءت بعدها في ج : (لا) .

(*) ج : لأنه .

(٢) انظر : المهذب ١٤ /٣٠١ ، وفتح العزيز ١١ /٤٢٥ ، والروضة ٥ /٧٧ .

(٣) قوله (الشقص) : وهو قطعة من الأرض والطائفة من الشيء . (انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١ / القسم الثاني / ١٦٦) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٥) (عليه) : مكررة في ج .

(٦) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .

(٧) ب : الأمرين .

(٨) في جميع النسخ : (ملكه) ، لعل الصحيح ما أثبته، لأنّ الضمير يعود إلى " أم ولد") .

(٩) ب : وصية .

(١٠) (بعد) : من ب ، ج ؛ ساقطة من أ .

(١١) وكذلك اختاره المصنف في كتابه (أي الوجه الثاني) " الإقناع في الفقه الشافعي " (ص ١١٧) . وذكر الشيرازي الوجهين بلا ترجيح ، وهو الأصح عند النووي، وقال عنه البيضاوي :الأظهر . انظر: المهذب ١٤ / ٣٠١ ، والروضة ٥ /٧٨ ، والغاية القصوى في دراية الفتوى للبيضاوي ٢ /٦٠٠ ، ومغني المحتاج ٢ /٢٩٩ .

وأما ما اختلف قوله في وجوب العوض فيه فعقد الهبة (١) .

اختلف قوله في وجوب المكافأة عليها (٢) : فقال في القديم و الإملاء بوجوب (٣) المكافأة عليها (٤) . فعلى هذا: تجب (٥) الشفعة بها (٦) بالثواب الذى تجب المكافأة به (٧) .

فعلى هذا: لو شرط الثواب فيها قدرًا معلومًا كان على قولين (٨) :

أحدهما ــ قاله في الإملاء ــ : أنّ الهبة جائزة والشفعة فيها واجبة بالثواب المشروط ، لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت (٩) مع العلم به أصح .

و القول

---

(١) ج : معتقد .

(٢) يرجع في تفصيل أحكام الهبة إلى (الأم ٤/٦١ــ٦٣ الهبة و ٧/١١٤ الصدقة والهبة و ٧/٢٣٢ (*) ٤٣٢ــ٤٣٣ ، والروضة ٥ / ٣٦٤ وما بعدها ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢ / ٤٠٤ ــ كتاب الهبة ــ) .

(*) باب القضاء في الهبة .

(٣) ج : يوجب .

(٤) قال النووى رحمه الله : " ... (إذا كانت الهبة مطلقة) ، فينظر : إنّ وهب الأعلى للأدنى ، فلا ثواب ، وفي عكسه قولان . أظهرهما عند الجمهور : لا ثواب . والثاني : يجب الثواب ... و أما إذا وهب لنظيره ، فالمذهب القطع بأن لا ثواب . وقيل : فيه القولان ... " . (الروضة ٥/٣٨٥ ــ كتاب الهبة) .

(٥) ب : تختص .

(٦) أ : (بهما) ، ب ، ج : (بها) .

(٧) (به) : من ب ؛ ساقطة من أ ، ج .

(٨) والأظهر من القولين هو الأول على ما ذكره النووى . (انظر : الروضة ٥/٣٨٦ ــ كتاب الهبة ــ) .

(٩) (كانت) : مكررة في ج .

والقول الثاني : أن الهبة بشرط الثواب باطلة ، والشفعة فيها ساقطة ، لأن تقدير العوض فيها يجعلها بيعًا ، والبيعُ بلفظ الهبة باطل ·

فهذا حكم الهبة على قوله في القديم والإملاء (١) ·

وقال في الجديد : إنّ المكافأة على الهبة غير واجبة · فعلى هذا لا شفعة بها ، ويكون في (٢) انتقال الملك بها في سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث (٣) ·

فهذا حكم الفصل الأول ·

د ١/ (فصل)

وأما الفصل الثاني — وهو ما تجب فيه الشفعة — : فهي عراص (٤) الأرضين ، وما يتبعها متصلاً دون غيرها ·

وجملة الأشياء أنّها على ثلاثة أقسام (٥) :

أحدها : ما وجب (٦) فيه الشفعة مقصودًا (٧) · وهي عراص (٨) الأرضين المحتملة لقسمة الإجبار (٩) · فان لم تحتمل قسمة الإجبار لِصِغَرِها كالطريق الضيقة والبياض

---

(١) (والاملاء) : ساقطة من ج ·

(٢) ساقطة من ب ·

(٣) انظر : الام ٤/ ٣ ، والروضة ٥/ ٧٧ ، والإقناع للماوردى ص ١١٧ ، والمهذب ١/ ٣٠١ ، ١٤ ومغني المحتاج ٢/ ٢٩٨ ، ونهاية المحتاج ٥/ ١٩٩ ·

(٤) أ : (عراص) ؛ ب ، ج : (عراض) ·

(٥) انظر : فتح العزيز ١١/ ٣٦٤ـ٣٦٥ ، والروضة ٥/ ٦٩ ·

(٦) ب : وجبت ·

(٧) أ ، ج : (معقودا) ؛ ب : (مقصودا) ·

(٨) أ : (عراص) ؛ ب ، ج : (عراض) ·
قوله (مقصودا) : قيد به لأنها تثبت في غير العقار تبعا له كالبناء والغرس والثمرة ، وهوكذا في آلة الحراثة تبعا للأرض · (انظر : مجمع الأنهر ٢/ ٤٨٠ ، و حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٣٦) ·

(٩) والمراد بقسمة الإجبار : هو ما يجبر الشريك على قسمته إذا طلب شريكه القسمة · و في ضبطه ثلاثة أوجه : أحدها : أنه الذى لا تُنْقِصُ القسمة قيمتَه

و (١) البياض اليسير (٢) فلا شفعة فيه (٣) .

فقال (*) أبو العباس بن سريج (٤) : يجب (٥) فيه الشفعة تعليلاً بسوء المشاركة واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة (٦) (٧) . وبه قال أبو حنيفة (٨) .

و عند ________________

= نقصانًا فاحشًا ، حتى لو كانت قيمة الدار مائة ، ولو قسمت عادت قيمة كل نصف إلى ثلاثين ، فلا تقسم لما فيها من الضرر . وثانيها : أنه الذى يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجهٍ ما . أما ما لا يبقى فيه نفع بحال ، فلا يقسم . وأصحها : الثالث : أنه الذى إذا قسم ، أمكن أن ينتفع به من الوجه الذى كان ينتفع به قبل القسمة ، ولا عبرة بامكان نفع آخر .

انظر : فتح العزيز ١١ /٣٨٣-٣٨٤ ، والروضة ٥ /٧١ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٧ ؛ و ر : ص٥٧ وما بعدها / ١٨ - مسألة من هذه الرسالة .

---

(١) ساقطة من ب .

(٢) ب : والبئر ، وهي ساقطة من ج .
قوله (البياض اليسير) : لعل المؤلف قصد (البياض اليسير حول البئر) ، كما دل عليه قوله فيما بعد ، (ص ٥٧ ٤ /١٨ - مسألة) ، حيث قال هناك : " ... وإذا كان كذلك ، ولم يكن حول البئر بياض ، أو كان يسيرًا لا يحتمل القسمة ... " .

(٣) (فيه) : من ب ؛ ساقطة من أ ، ج .

(*) ج : وقال .

(٤) تقدمت ترجمته ، (جـ ١ ، ص ٥١) .

(٥) ساقطة من ب .

(٦) ب : القيمة .

(٧) انظر : المهذب ١٤ /٣٠٠ ، وفتح العزيز ١١ /٣٨٢ ، والمغني ٥ / ٢٣٣/ ٣٩٥٨ ؛ و ر : ص٥٧ ٤ -٥٧ /١٨ - مسألة .
وممن اختار هذا الرأى من الشافعية : أبو خلف السلمي والقاضي الروياني على ما ذكره الرافعي في " الفتح العزيز " المذكور آنفا .

(٨) انظر : المبسوط ١٤ /٩٣ ، والبدائع ٦ /٢٦٨٢ ، ٢٧٠٠-٢٧٠١ ، والاختيار ٢ /٤٢ ، ومجمع الأنهر ٢ /٤٧٢ ، ٤٨٠ ؛ و ر : ص٥٧ /١٨ - مسألة .

وهو أحد القولين عن مالك ، وبه قال أحمد في احدى الروايتين عنه ، واختاره شيخ الاسلام ابن تيمية .
انظر : الموطأ ٢ /٧١٨ ، والمدونة ٥ /٤٣٢-٤٣٣ ، والمغني ٥ /٢٣٣/ ٣٩٥٨ ، والإنصاف ٦ /٢٥٦-٢٥٧ ، ومجموع فتاوى ٣٠ /٣٨١ وما بعدها ؛ و ر : ص ٥٧ /١٨ - مسألة .

وعند الشافعي (١) : أنه لا شفعة فيها ، تعليلا في وجوبها بالخوف (٢) من مؤنة القسمة. وإنّ ما لم يُقسَم (٣) جبرًا فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤنة القسمة (٤) .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لَا شُفْعَةَ فِي فِنَاءٍ وَلَا طَرِيقٍ وَلَا مَنْقَبَةٍ وَلَا رُكْحٍ وَلَا رَهْوٍ " . (٥) .

قال

(١) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .

(٢) جاء بعده في ج : (و) .

(٣) ب : ينقسم .

(٤) وهو المذهب عند الشافعية على ما ذكره الشيرازى والنووى ، وقال عنه الرافعي : وهو أصح الوجهين . (انظر : المهذب ١٤ / ٣٠٠ ، وفتح العزيز ١١ / ٣٨٠ وما بعدها ، والروضة ٥ / ٧٠ ــ ٧١ ، وانظر أيضا : رحمة الأمة ص ٢٢٤ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٧) .

وما ذهب إليه الشافعي وهو المشهور عن مالك والمعمول عليه عند المالكية ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد وظاهر المذهب عند الحنابلة على ما ذكره ابن قدامة والمرداوى .

انظر : الموطأ ٢ / ٧١٨ ، والمدونة ٥ / ٤٣٢ ــ ٤٣٣ ، والكافي ٢ / ١٣٨ ، والخرشي ٦ / ١٦٤ ــ ١٦٥ ، والإفصاح ٢ / ٣٧ ، والمغني ٥ / ٢٣٣ / ٣٩٥٨ ، والإنصاف ٦ / ٢٥٦ ــ ٢٥٧ ، وكشاف القناع ٤ / ١٣٨ ــ ١٣٩ ؛ ور : ص ٥٧٢ / ٥٧٢ ١٨ ــ مسألة من هذه الرسالة .

(٥) قوله (فِناء) : وهو المُتَّسَع أمام الدار ، والجمع : (أَفْنِيَة) .
انظر : النهاية ٣ / ٤٧٧ مادة " فنى " .

وقوله (رهو) : في جميع النسخ : (رهوة) . والصحيح ما أثبتُه . والتصحيح من "غريب الحديث" لأبي عبيد (١ / ٤٣٢) ، و"النهاية" لابن الأثير (٢ / ٢٨٥) ، واللسان (١٤ / ٣٤٢) مادة " رهو " .

والحديث رواه بلفظه أبو عبيد في " غريب الحديث" (١ / ٤٣٢) بدون إسناد ، وذكره أيضًا كُلٌّ مِن : الزمخشرى في " الفائق " (٤ / ١٧) ، وابن الأثير في " النهاية " (٢ / ٢٥٨) مادة " ركح " و (٢ / ٢٨٥) مادة " رهو " و (٥ / ١٠٢) مادة " نقب " ، وابن منظور في " اللسان " (١ / ٧٦٧) مادة " نقب " و (٢ / ٤٥٢) مادة " ركح " و (١٤ / ٤٣٢) مادة " رهو " .

قال أبو عبيد : " فمعنى الحديث في الشفعة أنّ من كان شريكًا في هذه المواضع الخمسة وليس شريكًا في الدار نفسها ، فإنّه لا يستحق بشىء منها شفعة . وهذا قول أهل المدينة . أنهم لا يقضون بالشفعة إلّا للشريك المخالط . فأما أهل العراق ، فانهم يرونها لكل جار ملاصق ، وإنّ لم يكن شريكًا " . (غريب الحديث ١ / ٤٢٧) .

(٣٠١/ج-أ)

قال أبو عبيد (١) : المَنْقَبَـةُ : الطريق الضيقة (٢) تكون (٣) بين الدارين (٤) ٠ والرُّكْح (٥) : ناحية البيت من ورائه (٦) و رُبَّما (٧) كان فضاءً (٨) لا بناء فيه ٠ يعني / إذا كان للسابلة (٩) والمارة ٠ والرَّهْوُ (١٠) : الجوبة (١١) (٧٢/ب-أ) تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر أو (١٢) غيره (١٣) ٠

والقسم الثاني : ما تجب فيه الشفعة تَبَعًا ٠ وهو البناء والغرس (١٤) ، إنّ كان مبيعًا مع الأرض ، وجبت فيه الشفعة تَبَعًا للأرض ، إنّ كان فيها ما يحتمل (١٥) قسمة الإجبار (١٦) ؛ وإنّ لم يحتملها (١٧) لم تجب فيه الشفعة عند الشافعي (١٨) ٠ ووجبت فيه عند أبي العباس بن سريج (١٩) ٠ وهو قول أبي حنيفة (٢٠) ٠

وان

---

(١) ج : أبو عبيدة ٠ (٢) ج : العتيق ٠

(٣) ساقطة من ب ٠

(٤) جاء بعدها في "غريب الحديث" لأبي عبيد : "لا يمكن أن يسلكه أحد" ٠ وانظر أيضًا : النهاية ٥/١٠٢ ، واللسان ١٤/٣٤٢ ٠

(٥) جاء بعدها في ب : (من) ٠

(٦) ب : زاويه ٠

(٧) في جميع النسخ : (وما) ٠ والصحيح ما أثبتُه ، والتصحيح من المصادر المذكورة تحت رقم (٤) ٠

(٨) ج : فضى ٠

(٩) أي المارّون على الطرقات والمتردّدون في حوائجهم ، جمعها : (السوابل) ٠ (انظر : المصباح ١/٢٦٥ ، والمعجم الوسيط ١/٤١٧ مادة "سبل") ٠

(١٠) في جميع النسخ : (الرهوة) ، صححتُها على ما جاء في المصادر السابقة ٠

(١١) ب : الجوفة ٠

(١٢) (أو) : من غريب الحديث لأبي عبيد ، وفي جميع النسخ : (و) ، صححتُها مستندًا على المصدر ، لأنّ المؤلف نقل عنه ٠

(١٣) انظر : المصادر نفسها ٠

(١٤) ب : الغراس ٠

(١٥) جاء بعدها في ج : (فيه) ٠

(١٦) انظر : المهذب ١٤/٢٩٩ ، وفتح العزيز ١١/٣٦٦-٣٦٧ ، والروضة ٥/٦٩ ٠

(١٧) ب : لم تحملها ٠ (١٨) جاء بعده في ب : (رضي الله عنه) ٠ وذلك كالحمام والبئر والرحى والطريق والباب ٠ (انظر : رحمة الأمة ص ٢٢٤ ، ور : ص٥٧١/١٨ - مسألة) ٠ وهو المذهب ، وهو قوله الجديد على ما ذكره النووي ٠ وقال النووي : "وقيل : تثبت ٠ ومنهم من حكاه قولاً قديماً ٠ (انظر : الروضة ٥/٧٠-٧١) ٠

(١٩) تثبت فيه الشفعة ، لأنه عقار ، فثبت فيه الشفعة قياسًا على ما تجب قسمته ٠ (انظر : المهذب ١٤/٣٠٠ ، ور : ص٥٧١/١٨ - مسألة ٠

(٢٠) ر : المصادر السابقة ، ص ٤٤٠ ، رقم الهامش ٨ ٠

وإنّ كان البناء والغرس (١) مُنْفَرِدًا عن الأرض في البيع ، فلا شفعة فيه عند الشافعي (٢) و أبي حنيفة (٣) ٠

و (٤) قال مالك : تجب الشفعة في البناء المنفرد (٥) والغرس (٦) / (١٢٢/أ-أ) وفي الثمار والمقاثي والمباطخ (٧) لاتصاله بحراص (٨) الأرض المستحق فيها الشفعة (٩) ٠

وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم: " الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود ، فلا شفعة (١٠) ٠

فجعل حُدُودَ القسمة شرطًا في إبطال الشفعة ، فدل على استحقاقها فيما يجبر فيه (١١) على القسمة ٠ (١٢) و لأنّ البناء والغرس تبع (١٢) لأصله ، فلما لم يستحق في الأرض شفعة لخروجها عن العقد ، لم يجب في البناء والغرس شفعة ، وإن دخلت في العقد ٠

فاذا

---

(١) ب : الغراس ٠

(٢) وهو المذهب عند الشافعية على الصحيح على ما ذكره الرافعي والنووي ٠ وبه قال أحمد ، وهو قول الجمهور — غير المالكية — كما ذكره الدكتور الزحيلي ٠
انظر : فتح العزيز ١١ / ٣٦٦ ، والروضة ٥ / ٦٩ ، والمهذب ١٤ / ٢٩٩ ، و مغني المحتاج ٢ / ٢٩٦ ، والمغني ٥ / ٢٣٢ / ٣٩٥٧ ، والإفصاح ٢ / ٣٦ ، وكشاف القناع ٤ / ١٤٠ ، والفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٧٩٩ ٠

(٣) انظر : الهداية ٩ / ٤٠٤ ، والاختيار ٢ / ٤٢ ، ومجمع الأنهر ٢ / ٤٧٢ ، ٤٨٠ ٠

(٤) جاء بعدها في ج : (به) ٠

(٥) أ ، ب : (المفرد) ؛ ج : (المنفرد) ٠

(٦) ب : وفي الغراس ٠

(٧) ج : المطابح ٠

(٨) أ : (بعراص) ؛ ب ، ج : (بعراض) ٠

(٩) واختلف في مذهب مالك في الشفعة في الأشجار وفي الثمار ، فروى عنه روايتان ٠ والمشهور عنه ثبوت الشفعة فيها على ما ذكره ابن عبد البر النمري في " الكافي " (٢ / ١٨١) ٠
انظر تفصيل الكلام على رأي المالكية في المسألة في (المدونة ٥ / ٤٠٢ — ٤٠٣ ، ٤٢٦ ، وبداية المجتهد ٢ / ١٩٤ ، والقوانين الفقهية ص ٢٩١ ، والخرشي ٦ / ١٦٧ — ١٦٨ ، والشرح الصغير ٤ / ١١٠ وما بعدها) ٠

(١٠) سبق تخريجه ، ص ٤٠٨ ٠ (١١) ساقطة من ب ٠

(١٢) ج : (ولأن الغرس والبناء تبعا) ٠

فاذا تقرر أن لا شفعة فيما أفرد بالبيع من (١) البناء والغرس ؛ وكانت دارٌ ذاتَ عُلْوٍ مشترك، وسُفْلها لغير الشُّركاء في عُلوها ؛ فباع أحد الشركاء (٢) في العُلْو حَقَّه (٣)، نظر في السقف :

فان كان لأرباب السفل فلا شفعة (٤) في الحصة المبيعة مِنَ العُلْو، لأنها بناء مفرد . وإنْ كان السقف (٥) لأرباب العُلْو، ففي وجوب الشفعة في الحصة المبيعة (٤) منه وجهان :

أحدهما (٦) : لا شفعة فيه، لأنه لا يتبع أرضًا .

والوجه الثاني : فيه الشفعة، لأنّ السقف كالعرصة (٧) ؛ ولقول (٨) الشافعي (٩) (١٠) في كتاب الصلح (١٠) : إنّ السقف أرض لصاحب العُلْو . ولأنه إذا حاز (١١) أحَدُهما حِصَّتَهُ مِن البناء والسقف أمكنه سكناه كالأرض(١٢) .

و (١٣) القسم الثالث : ما (١٤) لا تجب فيه الشفعة لا مقصودًا ولا تَبَعًا . وهو سائر الأشياء (١٥) سوى (١٦) ما ذكرناه (١٧) .

وقال عطاء بن أبي رباح : الشفعة (١٨) واجبة (١٩) في كل / (١٢٢/أ-ب) مشترك مِن (٢٠) متاعٍ وحيوانٍ وغيرِه مِن صُنُوفِ الأموال (٢١) وسيأتي الكلام معه (٢٢) .

فصل

---

(١) ج : في .
(٢) ج : الشركين .
(٣) ب : وحقه .
(٤) ما بين القوسين تكرر في ج .
(٥) ب : السفل .
(٦) ب : أصحهما .
(٧) ذكر الشيرازي الوجهين بلا ترجيح . (انظر: المهذب ١٤/ ٢٩٩) .
(٨) ج : وفي قول .
(٩) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .
(١٠) ما بين القوسين ساقط من ج.
(١١) ب : احاز .
(١٢) انظر : الأم ٣/٢٢٥-٢٢٦ .
(١٣) ساقطة من ب .
(١٤) (ما) : من ب، ج، ساقطة من أ .
(١٥) ب : الاساس .
(١٦) ساقطة من ب، مكررة في ج .
(١٧) أ، ج : (ذكرنا)، (ب : (ذكرناه) .
(١٨) جاء بعدها في ج : (ان) . (١٩) ساقطة من ج . (٢٠) ب : فى .
(٢١) انظر قول عطاء في (المحلى ٩/٨٤/١٥٩٤) .
(٢٢) ر : ص ٤٤/ مسألة .

هـ/١ (فصـــل) (١)

وأما الفصل الثالث / ـ وهو مَنْ تجب له الشـفعة ـ فهو الخليط (٧٢/ب ـ ب) فـي الملـك المبيـع دون الجـار (٢) . و قد مضى الكلام مع أبـي حنيـفـة فـي شـفعة الجوار (٣) .

وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الخليط وَافِرَ السَّهْمِ وبين أن يكون قَلِيلَ السَّهْم، حتى لو خالط بسـهم (٤) من ألف سـهم اسـتحق به الشفعة (٥) . وإنْ كان الخلطاء (٦) عددًا كانت بينهم علـى / (٣٠١/ج ـ ب) ما سـنذكره (٧) .

و لا فـرق في خليط المالك إذا اسـتقرّ ملكُه بين أن يملك حصته بابتياع، أو (٨) ميراث، أو وصيـة، أو هبة مِن بائع الشقص، أو من غيره. لأنه مـالك قد يسـتضـرّ بسـوء المشاركة ويتأذى بمؤنـة المقاسـمة .

و أما (٩) إن كانت (١٠) حصة الخليط وقفـًا ، نـظـر فـي الوقـف : فان كان عـامًّـا كالوقف على الفقراء والمسـاكين، أو (١١) (١٢) كان خاصًّا (١٢) لا يملك كالوقف على جامعٍ أو مسـجدٍ؛ فلا يسـتحق به شـفعـةً في المبيع .

وان

---

(١) ساقطة من ب .

(٢) انظر : المهذب ١٤/٣٠٠، والوجيز و شرحه فتح العزيز ١١/٣٩٢ـ٣٩٥، والروضة ٥/٧٢ .

(٣) ر : ص ٤١٧ وما بعدها .

(٤) ب : السـهم .

(٥) انظر : المهذب ١٤/٣٢٦ .

(٦) ب : الخليط .

(٧) ر : مسـألة : (١٢، و ١٣، و ١٤، و ٣٨، و ٤٠) .

(٨) ساقطة من ج .

(٩) ب : فأما .

(١٠) ج : كان .

(١١) ج : (و) .

(١٢) ب : (على خاص) .

و إنْ كان خاصًّا على مالك ، كالوقف(١) على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم(٢)، فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الوقف .

فأما (٣) الموقوف (٤) عليه ، فقد اختلف قول الشافعي (٥) : هل يكون مالكًا لرقبة الوقف أم لا (٦) ؟ على قولين :

أحدهما : لا يكون مالكًا لرقبته، وإنّما يكون مالكًا لغلته (٧) . فعلى هذا ؛ لا شفعة له لعدم ملكه .

والقول الثاني : أنّ (٨) يكون مالكًا لرقبة (٩) الوقف(١٠) . / (١٢٣/أ ـ أ) فعلى هذا في استحقاقه للشفعة به وجهان :

أحدهما : يستحق به الشفعة لثبوت ملكه واستضراره بسوء المشاركة .

والوجه الثاني : لا شفعة له ، لأنه(١١) ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف(١٢) .

ثم

---

(١) أ : (الوقف) ؛ ب ، ج : (كالوقف) .
(٢) ب : اعيانهم .
(٣) ب : وأما .
(٤) أ ، ج : (الموقف) ؛ ب : (الموقوف) .
(٥) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .
(٦) (لا) : ساقطة من ج .
(٧) ج : لغلة .
(٨) (ان) : من أ ؛ ساقطة من ب ، وفي ج : (انه) .
(٩) ج : لرقبته .
(١٠) ساقطة من ج .
(١١) (لأنه) : ساقطة من ج .
(١٢) ذكر الشيرازى الوجهين بلا ترجيح . (انظر : المهذب ١٤/٣٠١) .

ثم الشفعة تجب للأب على ابنه، وللابـن على أبيه، وللرجل على زوجته، وللمرأة على زوجها، وللسـيد على مكاتبه، وللمكاتب على سـيده (١) ٠ ولا يسـتحقها السـيد على عبده، ولا على مدبره، ولا على أمّ ولده ؛ ولا يستحقها أحدهم(*) عـلـى سـيـده ٠

و/١ (فـصـــل)

وأما الفصل الرابع – وهو ما تؤخذ به الشفعة – : فهو ما جُعِلَ بَدَلاً عـن الشقص المنقول الملك مِن ثَمَنٍ إنّ (٢) كان في (٣ أجرة أو ٣) بيـــع، أو أجرة المثل إنّ كان في إجارة، أو مهر المثل إنّ كان في صداق عـلـى ما سـيأتـي (٤) بيـانـه / مـفـصـلاً (٥) ٠ (٧٣/ب – أ)

فأما إنّ كاتب الرجل عبده على مال رجل له عليه (٦) نجـم، فصالحه العبد المكاتب على (٧) مال نجمَهُ على شقص مِن دارٍ، فالشفعة للشريك واجبـة (٨) في الشقص بمثل مال النجم٠ لأن السيد (٩) ملك (١٠) منه عـوضـًا عنه (١١) ٠ وإنّ (١٢) أخذه الشفيع بمثله، ثم أدّى المكاتب أو عـجـز فهو على ملكـه فـيـمـا

---

(١) قال النووى بعد أنْ ذكر أَنَّ الشفعة تثبت للمكاتب : "حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في دار، فلكل منهما الشفعة على الآخر" ٠ (الروضة ٥/٧٢) ٠

(*) ب : (أحد هؤلاء)، ج : (أحد) ٠

(٢) ساقطة من ب ٠

(٣) (أجرة أو) : من أ ؛ ولم تثبت في ب، ج ٠

(٤) جاء بعده في ب : (ان شاء الله تعالى) ٠

(٥) ر : في الصداق ص ٥٠٠ /٧ – مسألة، وفي الإجارة ص ٥١٠ /ج /٨ (فصل) ٠

(٦) ساقطة من ب ٠ (٧) ب : عـن ٠

(٨) ساقطة من ب ٠ (٩) ج : للسـيد ٠

(١٠) ب : ملكـه ٠ (١١) ب : عنده ٠

(١٢) ب : فان ٠

فيما أخذه بشفعته (١) • وإنْ تأخر الأخذ حتى أدّى المكاتب وعتق، فللشفيع (٢) أخذ الشقص بشفعته • وإنْ تأخر أخذه (٣) حتى عجز أو رقّ ، ففي الشفعة وجهان :

أحدهما : قد بطلت ، لأنّ المكاتب إذا عجز صار ماله لسيده بالملك لا بالمعاوضة •

والوجه الثاني : أنّ الشفعة / واجبة، لأنّ السيد (٤) (١٢٣/أ ـ ب) ابتدأ ملك الشقص بالمعاوضة ، فلا اعتبار بما أفضى إليه من سقوط المعاوضة (٥) •

و أما الإقالة (٦) ، فقد قال أبو حنيفة : هي (٧) بيعٌ و يستحق بها الشفعة (٨) •

و قال

---

(١) ب : بشفعة •

(٢) ب : فالشفيع •

(٣) جاء بعدها في أ : (حتى أدى المكاتب وعتق) ، و هي زيادة فيها ، و أشير إلى أنها مشطوبة •

(٤) ج : للسيد •

(٥) ذكر الشيرازى الوجهين بلا ترجيح • (انظر: المهذب ١٤ /٣٠١) •

(٦) ب : الاحالة •

قوله (الإقالة) : هي في اللغة: رفع وإسقاط• وفي الشرع: عبارة عن فسخ البيع بعد العقد • وعاد المبيعُ إلى مالكه، والثمن إلى المشترى•
قال النووى: " الإقالة بعد البيع جائزة، بل إذا ندم أحدهما ، يستحب للآخر إقالته• وهي أن يقول المتبايعين: تقايلنا ، أو تفاسخنا ، أو يقول أحدهما : أقلتك ، فيقول الآخر: قبلت ، وما أشبهه " • (الروضة ٣/٤٩٣، كتاب البيع) •و انظر: الصحاح ٥ /١٨٠٨ ، والنهاية ٤ /١٣٤ ، والمصباح ٢ /٥٢١ مادة " قيل " ؛ و المبسوط ١٤ /١٢٠ ، والهداية ٩ /٤١١، و تبيين الحقائق ٥ /٢٥٦) •

(٧) ج : هو •

(٨) و هو قول أبي يوسف الآخر، وبه قال مالك وأصحابه، وعن أحمد فيها روايتان: إحداهما: أنها فسخ ، وهو الصحيح • والثاني : أنها بيع • وللشفيع أن يأخذ الشقص عند الحنابلة بالإقالة، سواء اعتبرت الإقالة فسخاً أو بيعاً • (انظر: المبسوط ١٤ /١٠٩ـ ١١٠ ، ١٢٠ ، والبدائع ٦ /٢٦٩٨ ، وتبيين الحقائق ٥ /٢٥٦ـ٢٥٧ ، ومجمع الأنهر ٢ /٤٨١ ، والموطأ ٢ /٧١٦، وبداية المجتهد ٢ /١٩٨ ، والخرشي ٦ /١٧٧ ، والشرح الكبير ٣ /٤٩١ ، و المغني ٤ /٩٢/ ٢٩٤٩ ، والإنصاف ٦ /٢٨٧ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ /٤٤٢، وكشاف القناع ٤ /١٥٣ـ١٥٤) •

وقال أبو يوسف ومحمد : إنْ كانت بعد (١) القبض ، فهي بَيْعٌ تجب به(٢) الشفعة ؛ وإنْ كانت (٣) قبله ، فهي (٤) فَسْخٌ لا تجب به(٥) الشفعة(٦) .

وعند الشافعي : أنها فسخ في الحالين ، و (٧) لا يستحق بها شفعة(٨) (٩) . لأنه لا يثبت فيها خيار / و لا يجوز أن يزاد في (٣٠٢/ج ب) الثمن ، و لا أن ينقص منه . والله أعلم (١٠) .

مسألة

(١) (بعد) : صححت في أ فوق السطر .
(٢) ب : بها .
(٣) ب : كان .
(٤) ب : فهو .
(٥) ساقطة من ج .
(٦) و هو قول أبي يوسف الأول . و وجهة محمد في رأيه : هي أنَّ بيع العقار لا يجوز عنده قبل القبض ، كما في المنقول .
انظر : المبسوط ١٤/١١٠ ، ١٢٠ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٥٦ـ ٢٥٧ .
(٧) (و) : من ب .
(٨) انظر : المهذب ١٤/٣٠١ ، و ر : ص ١١ ٥ /د /٨ (فصل) .
قال النووي : وفي كون الإقالة فسخًا أو بيعًا ، قولان : أظهرهما : الفسخ . (انظر : الروضة ٣/٤٩٣، كتاب البيع) .
(٩) وإلى قول الشافعي ذهب زُفَر مِن أصحاب أبي حنيفة . (انظر : مجمع الأنهر ٢/٤٨١) .
(١٠) (والله أعلم) : لم يثبت في ب .

٢ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله (١) : وللشفيع الشفعة بالثمن الذى وقع به البيع (٢)(٣) .

وهذا كما قال : وإنما أخذه بالثمن لرواية بعضهم ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم نَصّاً (٤)(٥) . ولأنه يدخل مدخل المشتري ، فوجب أن يأخذ الشقص بما أخذه المشتري . ولأنّ عُدُولَهما عَن الثمن لا يَخْلُو مِن ثلاثة أحوال فاسدة :

إمّا (٦) أن يأخذه بما يرضى به المشتري : وفي ذلك ضرر على الشفيع ، لأنه قد لا يرضى إلاّ بأضعاف الثمن ؛ وإمّا أن يأخذه بما يرضى به الشفيع : وفي ذلك ضرر على المشتري ، لأنه قد لا يرضى إلاّ ببعض الثمن ؛ وإمّا أنّ

يأخذه

(١) ب : رضى الله عنه .

(٢) ساقطة من ج .

(٣) انظر : المختصر ٨/١٢٠ ، و ر : ص ٤٩٩/٦ ـ مسألة ، و ٢٧ ـ مسألة (ص ٦١٨) .

(٤) ب : أيضا .

(٥) قال الشيرازى : " ويأخذ الشفيع بالعوض الذى ملك به . فان اشتراه أخذه بالثمن ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " فان باعه فهو أحق به بالثمن " . (المهذب ١٤/٣١٠) .
لم أقف على الحديث في مظانه من كتب السنة التي اطلعت عليها . قد ذكره ابن قدامة في " المغني " (٥/٢٥٨/٣٩٩٦) عن جابر رضى الله عنه و قال : رواه أبو إسحاق الجَوْزجَاني في كتابه ، كما أنه ذكره في " الكافي " (٢/٤٢٥) وعزاه إلى أبي إسحاق الجوزجاني ، ولم يذكر له كتابا ، و كما أن صاحب " الروضع المربع " (٢/٢٢٨) ذكره وعزاه إلى الجوزجاني أنه رواه في " المترجم " .

(٦) ساقطة من ب .

يأخذه بالقيمة ، فقد تكون أقلّ من الثمن : فيستضرّ المشتري ؛ وقد تكون أكثر من الثمن فيستضرّ الشفيع ·

و إذا بطلت هذه الأحوال ثبت أخذه بالثمن (١) ·

أ / ٢ (فصل)

فاذا ثبت أنّ الشفيع يأخذه بالثمن ، فلا يَخْلُو (٢) أنْ يكون الثمن مما (٣) له مثل كالدراهم / والدنانير والبُرّ والشعير ، أو (٤) مما لا مثل (١٢٤/أ ـ أ) له / كالحيوان والعروض· (٧٣/ب ـ ب)

فان كان مما له مثل أخذه بمثله جنسًا وصفةً وَقَدْرًا · وإنّ كان مما لا مثل له كالعبد، أخذه الشفيع بقيمته (٥) في أقلّ الأحوال مِن وقت العقد إلى وقت تسليم المشتري له إلى البائع (٦) · لأنه إنْ زاد ، فالزيادة حادثة في ملك البائع لم يتناولها العقد ؛ وإنْ نقص ، فالنقصان مضمون على المشتري ، فخرج مِن العقد ·

ب / ٢ (فصل)

ولوكان الثمن أَلْفَ درهمٍ ، فدفعها المشتري إلى البائع ، فوجدها البائع زُيوفًا (٧) : فهو بالخيار بين أنّ يسامح و (٨) بين أن يبدلها · فان رَضِيَ بها (٩) ، فللشفيع أنْ يأخذ الشقصَ بألف درهم جِيادًا ·

ولو

---

(١) انظر : المهذب ١٤/٣١٠ ·
(٢) جاء بعده في ب : (الثمن) ·
(٣) ساقطة من ب ·
(٤) ب : (و) ·
(٥) انظر : المهذب ١٤/٣١٨، والروضة ٥/٨٦ـ٨٧ ·
(٦) قال النووي : والاعتبار بقيمة يوم البيع · (الروضة ٥/٨٧) ·
(٧) ج : زيوفها ·   (٨) أ ، ج : (أو) ؛ ب: (و) ·
(٩) ساقطة من ب ·

(١) و لوكان الثمن عبدًا (١) ، فأعور العبدُ (٢) في يد المشتري ، (٣) فللبائع الخيار (٣) بين فسخ البيع (٤) ورد العبد (٤) و بين الرضا (٥) بالعور (٦) و إمضاء البيع ٠ فان رَضِيَ بالعور (٦) أخذه الشفيع بقيمة العبد أعور ٠

وقال أبو حنيفة : يأخذه بقيمته سليمًا (٧) ، كما يأخذه بمثل (٨) الألف جَيادًا (٩) ٠ لأنه ليس الرضا (١٠) بالعيب الحادث حَطّاً (١١) في الثمن (١٢) ٠

و هذا خطأ ٠ لأنّ رضاه بعيبه رضىً (١٣) منه بأنه هو الثمن بعينه ٠ والفرق بين العبد والألف : أن عور العبد لَمّا أَحْدَثَ (١٤) له خيارًا (*) (١٥) في فسخ البيع (١٦) صار (١٥) العبدُ الأعورُ ثَمَنًا ، و زيافة الدراهم لا تُحْدِثُ له خيارًا في فسخ البيع (١٦) ، و إذا استحق (١٧) أخذ بدلها فصار الجيد ثَمَنًا له ٠

فصل

---

(١) ما بين القوسين تكرر في ج ٠
(٢) ساقطة من ب ٠
(٣) ب : فالبائع بالخيار ٠
(٤) ب : (ورد العبد) ؛ أ ، ج : (في العبد) ٠
(٥) ج : الرضى
(٦) ما بين القوسين ساقط من ج ٠
(٧) ب : شرطا ٠
(٨) ب : مثل ٠
(٩) ب : خيارا ٠
(١٠) ج : الرضى ٠
(١١) قوله (حطا) : أي الانحطاط والنقص في السعر ٠ (المصباح ١ / ١٤١ ، مادة " حط ") ٠
(١٢) ولأن العبد دخل في العقد بصفة السلامة ٠ (انظر : المبسوط ١٤ / ١٣٠) ٠
(١٣) ب : رضا ٠
(١٤) ج : حدث ٠
(*) ج : خيار ٠
(١٥) ب : (ترد فسخ البيع مثل) ٠
(١٦) ما بين القوسين ساقط من ج ٠
(١٧) جاء بعده في ب : (بما) ٠

ج / ٢ (فصـــل)

و إذا اشـترى شقصـاً مِن دار بمائة / دينار، ثم وجد به عيبًا (١٢٤ /أ ـ ب) نـقصـه عُشْـر الثمن ، فصـالحـه البائع من العيب على جارية ، ثم حضر الشفيع ؛ فله أخذ الشقص بتسعين دينارًا ، لأنّ المشـتري قد استرجع من المـائـة عشـرة (١) دنانـير أرشـاً .

فان اسـتحقت الجارية من يد المشـتري ، أو ردّها بخيار شـرط ، أو عيب، نـظـر :

فان دفع البائع إلى المشـتري العشرة التي هي أرش العيب(٢) ، / (٣٠٢ /ج ـ ب) فقد وصل إلى حقه من تمام الثمـن ولا مطالبة بينه وبين الشـفيـع . وإن(٣) امتنع البائع من دفعها(٤) ، ولم يرض إلاّ برد المبيع لم يجبر على بذل الأرش .

و قيل للشـفيـع : إنّ دفعتَ إلى المشـتري عشـرة دنانير ليستكمل بها المائة التي دفعها ثمنًا (٥) "(٦) حقّت لك الشفعة (٦) ، وإن امتنعـت لم تجبر / على دفعها ، ولزمك ردّ الشقص على المشـتري واسـترجاع (٧٤/ب ـ أ) التسـعين (٧) التي دفـعـتـهـا (٧) . فاذا عـاد الشقص إلى المشـتري كان بالخيار بين أنْ يأخذه معيـبًا بالمائة كلها وبين أنْ يردّه ، فان رَضِـيَ بأخذه (٨) بالمائـة فلا شـفعة للشفيع إنّ عـاد مطالِبًا بها ، لأنها قد عـرضت عليـه بالمائـة فـردّهـا .

فـلـو

---

(١) ب : عشـر .
(٢) (العيب) : مكرر في ج .
(٣) ب : فان .
(٤) ج : ردها .
(٥) ب : بهـا .
(٦) ب : سلمت لك شـفعة .
(٧) ج : الى دافعها .
(٨) ب : أن يأخذه .

فلو أنّ الشفيع أنكر تقدم العيب و تصادق عليه البائع والمشتري كان القولُ قولَ الشفيع مع يمينه على العلم دون البت ولا يصدقان في الازياد عليه، فان نكل الشفيع حلف المشتري دون البائع، لأنه هو المستدرك لنقص العيب، فان حلف كان الشفيع مخيّراً بين دفع العشرة (١) تكملة المائة / أو الردّ . (١٢٥ /أ ـ أ)

د / ٢ (فصل)

و إذا باع الرجل في مرضه شقصًا بألف درهم، و هو يساوي ثلاثة (٢ آلاف (٣) درهم حاباه ٢) في ثمنه بألفي درهم، فللمشتري، و للشفيع(٤) ثلاثة أحوال :

إحداها (٥) : أنْ يكونا أجْنَبِيَّيْنِ من البائع . والثانية : أنّ يكون المشتري وارثًا والشفيع أجنبيًا . والثالثة : أنْ يكون المشتري أجنبيًا والشفيع وارثًا .

فأما الحال الأولى (٦) ـ وهو أن يكونا أجْنَبِيَّيْن ـ : فلا يَخْلُو حال البائع مِن أنْ يملك مالاً غيرَ الشقص أو لا : فانْ كان يملك مالاً تُخْرَجُ المحاباة (٧ مِن ثُلثِهِ، صَحّت المحاباة ٧) و أخذ المشتري الشقص بألف درهم، و للشفيع أنْ يأخذه منه بالألف . (٨ لأنه يملك ٨) الشفعة بالثمن

---

(١) ب : جاء بعدها في ب : (دراهم) .
(٢) ب : الا ان حباه .
(٣) ج : ألف .
(٤) ب، ج : الشفيع .
(٥) أ، ب : (احداهن)، ج : (أحدها) .
(٦) في جميع النسخ : (الأولة) .
وقال عنها النووي : الضرب الأول . (ر : الروضة ٥ / ٨٠ـ٨١) .
(٧) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٨) ب : (لا يملك) .

بالثمن مترخصًا كان أو غاليًا ٠ و (١) إنْ كان البائع لا يملك غيرَ الشقص، فللمشتري الخيارُ في أَنْ يأخذ عينَ (٢) الشقص بألف درهم أو يردّ ليحصلَ له نصف المحاباة ، وهي (٣) ألفٌ تكون ثلث (٤) التركة و يرجع إلى الورثة ثُلُث الشقص و قيمته (٥) أَلْفٌ مع ألف حصلت (٦) لهم ثمنًا (٧) ، فيصير (٨) مِثْلَى (٩) المُحَاباة بالألف ، ثُمَّ للشفيح أَنْ يأخذ (١٠) بالألف ثُلُثَى الشقص الصائر للمشتري بالألف (١١) ٠

(١٢ أما الحال الثانية (١٣) ـ وهو أن يكون المشتري ١٢) وَارِثًا والشفيح أجنبيًا ـ : فالمحاباة باطلة، و إِنْ خرجت من الثلث٠ لأنها وصية لوارث ٠ والمشتري (١٤) بالخيار بين أَنْ يأخذ ثلث (١٥) الشقص بألفٍ و بين أَنْ يردّه ٠ فان أخذ ثلثه بالألف (١٦) فللشفيح أخذ الثلث منه / بالألف (١٢٥ /أ ـ ب) ، وإنْ ردّه المشتري عُرِضَ على الشفيح قبل ردّه ، فان رَضِيَ أَنْ يأخذ ثُلُثَ الشقص بالألف كان أحق / و بطل ردّ المشتري (٧٤ /ب ـ ب) لأنه / يردّ لِيَحْصلَ له الثمن الخارج مِن يده وقد حصل له ذلك من (٣٠٣ /ج ـ أ) جهة

---

(١) ساقطة من ب ٠
(٢) ساقطة من ب ٠
(٣) ب : بين ٠
(٤) ساقطة من ب ٠
(٥) ب : قيمة ٠
(٦) ج : خلصت ٠
(٧) ب : ثلثا ٠
(٨) ب : يصير ٠
(٩) ب : مثل ٠
(١٠) ب : يأخذه ٠
(١١) ساقطة من ب ٠
(١٢) ساقط من ب ٠
(١٣) ر : الروضة : ٥ / ٨١ـ٨٢ ٠
(١٤) (والمشترى) : مكررة في ج ٠
(١٥) ساقطة من ب ٠
(١٦) ساقطة من ب ٠

جهـة الشفيع ، فوصل إلى حقه و منع من إبطال حق الشفيع برده ، كالمنـع(١) من رده بعيب لو ظهر ، إذا رَضِيَ الشفيع به(٢) و تكون عُهْدَةُ الشفيـع على المشـتري .

فلو أَنَّ باقي الورثـة أجازوا للوارث محاباتـه وأعطوه (٣) الشـقص كله بالألف جاز . وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيـان على اختلاف قوليه فـي إجازة الورثة : هل تكون عطيةً أو إمضـاءً ؟

أحدهما : أنه إمضـاءٌ . فعلى هذا، للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالألف .
والثاني : أنه ابتداء عطية . فعلى هذا: يأخذ ثلث الشقص بالألف و يخلص للمشـتري ثلثاه، لأنهـا (٤) عطيـة له(٥) خالصـة .

وأما (٦) الحال الثالثة(٧) ــ و هو أن يكون المشـتري أجنبيـًا ، والشفيع وارثـًا ــ : فللمحاباة ــ وهي ألفا (٨) درهم ــ ثلاثة أحوال : حال يحتمل الثلثُ جميعَـها (٩) ، وحال لايحتمل الثلثُ شيـئـًا منها ، فحال (١٠) يحتمـل الثلثُ بـَعْـضَـهَـا .

فان لم يحتمل الثلث شيئا منها لإحاطة الـدَّيْـن بالتركـة بطلت المحاباة ، وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث (١١) الشقص بالألف أو ردّه. فان أَخَـذَهُ كان

---

(١) ب : كما يمنع .
(٢) (بـه) : من ب؛ ساقطة من أ ، ج .
(٣) أ ، ج : (أعطوا) ؛ ب : (أعطوه) .
(٤) ب : لكنهـا .
(٥) ساقطة من ج .
(٦) ساقطة من ج .
(٧) ر : المهذب ١٤/ ٣١١ـ٣١٢ ، والروضة ٥/ ٨٢ .
(٨) ب : ألف .
(٩) ساقطة من ج .
(١٠) ب : و حال .
(١١) ج : ثلثا .

كان الشفيع أحق به ، وإنْ كان وارثاً (١) ، لأنه لا محاباة فيه ٠

وإنّ احتمل الثلثُ جميعَ المحاباة، لأنه ذو مالٍ تخرج الألفان من ثلثه، فالمحاباة بثلثي الشقص ٠

وإن احتمل الثلثُ بعضَها ، / ــ وهو أنْ لا (٢) يملك غَيْرَ (١٢٦/أ ــ أ) الشقص المقوّم بثلاثة آلاف (٣) درهم ــ احتمل الثلثُ نصفَ المحاباة، وهو ثلث الشقص ٠ وفيها أربعة أوجه ، (٤ حكاها ابن سريج :

أحدها ٤) : أنّها جائزة (٥) للمشتري والشفيع (٦) ، لأنّ المشتري (٧) مقصود بها فصحت له، والشفيع داخل عليه فوجبت له ٠ فعلى هذا: يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف درهم ، (٨ وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالألف ٨) ، ويرجع الثلث على الورثة مع الألف الصائرة إليهم ثمنها (٩) ٠

والوجه الثاني : أنّ المحاباة جائزة للمشتري دون الشفيع، لأنّ المشتري ممن تصح محاباته (١٠) وهو بها (١١ مقصود والشفيع ممن لا تصح محاباته وهو بها ١١) غير مقصود ٠ فعلى هذا: يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف ، وللشفيع / أنْ يأخذ منه ثلثه بألف (١٢) ويرجع إلى الورثة (٧٥/ب ــ أ) الثلث فيصير الشقص أثلاثاً : ثلثه للورثة ، لأن الثلث

لا يحتمله

---

(١) ج : واثا ٠
(٢) ساقطة من ج ٠
(٣) ب ، ج : ألف ٠
(٤) ب : (أحدها حكاها ابن سريج) ٠
(٥) ج : جائز ٠
(٦) ج : عن الشفيع ٠
(٧) ب : للمشترى ٠
(٨) ب : (وللشفيع أخذها دون الثلثين بالألفين) ٠
(٩) ب ، ج : (ثمنا) ٠
(١٠) ساقطة من ج ٠
(١١) ما بين القوسين ساقط من ج ٠
(١٢) (ثلثه بألف) : ساقطة من ب ٠

لا يحتمله ؛ و ثلثه للمشتري ، لأنها محاباة له ، و ثلثه للشفيع بعد رد المحاباة التي لا تصح (١) له ٠

والوجه الثالث : أنّ المحاباة باطلة للمشتري و للشفيع (٢) جميعا ، لأنها قد تفضى إلى الشفيع الذى (٣) لا يصح أنّ يملكها وهي مقترنة بالبيع (٤) الذى لا يجوز أن يفرد عنها ٠ فعلى هذا : للمشتري أن يأخذ ثلث الشقص بالألف ، وللشفيع أنّ يأخذه (٥) منه بالألف ويرجع / (٣٠٣/ج ـ ب) الثلثان على الورثة (٦) ٠

والوجه الرابع : أنّ المحاباة موقوفة مراعاة : فانّ عفا (٧) الشفيع عن شفعته صحت المحاباة للمشتري ، وأخذ / شلشى الشقص (١٢٦/أ ـ ب) بالألف و رجع الثلث إلى الورثة ، وإن طالب (٨) بالشفعة بطلت المحاباة للمشتري وأخذ ثلث (٩) الشقص بالألف ويأخذه الشفيع منه بالألف ويرجع الثلثان إلى الورثة ٠ فأما إذا كان الشفيع وارث المشتري وهما أجنبيان من البائع صحت المحاباة للمشتري واستحق الشفيع المحاباة بشفعته ، لأنها ليست محاباة من المشتري (١٠) ٠ ألا تراه أنّه (١١) يأخذها منه جبرًا بلا اختيار ٠

مسألة

---

(١) ج : لا تصلح ٠
(٢) ب : الشفيع ٠
(٣) أ ، ج : (التي) ؛ ب : (الذى) ٠
(٤) ب ، ج : (بالمبيح) ٠
(٥) أ : (يأخذ) ؛ ب ، ج : (يأخذه) ٠
(٦) ج : للورثة ٠
(٧) أ ، ج : (عفى) ؛ ب : (عفا) ٠
(٨) ب : طالبه ٠
(٩) ب : شلشى ٠
(١٠) ب : الشفعة ٠
(١١) (انه) : من ب ؛ ساقطة من أ ، ج ٠

٣ ـ مســــــألــة

قال الشـافـعـي رحـمـه الله (١) : فان (٢) علـم فـطـالـب (٣) مـكـانـه فـهـي لـه (٤)، وإنْ أمـكـنـه فـلـم يـطـلـب بـطـلـت شـــفـعـتـه (٥) .

اعلم أنّ الشفعة تجب بالبيع، وتستحق بالطلب، وتملك بالأخذ . فاذا بيع الشقص، و وجبت فيه الشفعة لم يَخْلُ حال الشفيع مِن أحد أمْرَيْن : إمّا أنْ يعلم بالبيع أو لا يعلم .

فان لم يعلم بالبيع، فهو على حقه من الشفعة إذا علم، وإن تطاول به الزمان، كالمشتري (٦ إذا لم يعلم بعيب ٦) ما اشترى، كان على (٧) حقه مِن الردّ إذا علم (٨) .

(٩ وأما (١٠) إذا علم ٩) بالبيع فله حالتان : إحداهما (١١) : أن يكون قادرًا على الطلب . والحالة الثانية : أن (١٢) يكون معذورًا (١٣) .

فان

---

(١) ب : رضي الله عنه .

(٢) ج : وان .

(٣) ب، المختصر : فطلب .

(٤) ساقطة من ج .

(٥) انظر : المختصر ١٢٠/٨ .

(٦) ج : اذا علم ببيع .

(٧) (على) : صححت في ب فوق السطر .

(٨) يرجع في تفصيل ذلك في (المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/ ٥٠ ـ كتاب البيع ـ) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ج .

(١٠) ب : فأما .

(١١) ب : أحدهما .

(١٢) جاء بعدها في ب : (يرجع) .

(١٣) سيأتي تفصيل ذلك . (ر : ص ٤٧٤/٤ ـ مسألة) .

فانْ كان قادرًا على الطلب (١)، فله ثلاثة أحوال :

أحدها : أنّ يبادر إلى (٢) الطلب • فهو على حقه من الشفعة، ولا يحتاج إلى حُكْم حاكم في الأخذ بها (٣)، لأنها ثبتت بنصٍّ وإجماعٍ وإنّما يفتقر إلى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده (٤) •

(٧٥/ب-ب)
فلو قال / الشفيع حين بادر بِا / لطَّلَب : أَنْظِرُوني بالثمن، (١٢٧/أ-أ) واحْكُمُوا لي بالملك لم يجز • و (٥) هكذا : لو قال : احْكُمُوا لي بالملك حتى (٦) احضر الثمن لم يجز أنْ يحكم له (٧) بالملك، حتى يكون الثمن (٨) حاضرًا (٩) •

(١٠ فلو أَحْضَرَ رَهْنًا ١٠) بالثمن أو عِوَضًا عنه لم يجز أنْ يحكم له بالملك، لأنه لا يجوز أنْ يزيل الضَّرَرَ عن نفسه بالشفعة ويُدْخِلَهُ على المشتري بالتأخير •

فان سأل التوَقُّف حتى يُحْضِرَ الثمنَ جاز أن ينظره الحاكمُ به يومًا أو يومين، وأكثره ثلاثًا (١١) • فان جاء بالثمن (١٢) كان على حقه من الشفعة• وإنْ أَخَّرَهُ عن المدة التي أنظره الحاكم بها بطلت شفعته (١٣) •

فصل

---

(١) ج : المطل •
(٢) ساقطة من ب •
(٣) انظر : الروضة ٥/٨٣، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٣٠٠ •
(٤) ب : باجتهاد •
(٥) (و) : مكررة في ج •
(٦) جاء بعدها في ج : (قال) •
(٧) ساقطة من ب •
(٨) ساقطة من ج •
(٩) ج : حاضر •
(١٠) ب : فان أحضروها •
(١١) ب : ثلثا •
(١٢) ساقطة من ب •
(١٣) هكذا قاله ابن سريج والجمهور على ما ذكره الرافعي والنووى • انظر : فتح العزيز ١١/٤٤٥، والروضة ٥/٨٥ •

٣/أ (فصـــل)

والحال الثانية من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع : أن يعفـو عـن الشفعة ٠ والعفو (١) على ضربـين (٢) : صريح وتعريض (٣) ٠

فالصريح أن يقول : قد (٤) عَـفَـوْتُ عن الشفعة ، أو تَرَكْتُهَا ، أو نَزَلْتُ عنها ٠ فهذا مُبْطِلٌ لشـفعتـه (٥) ٠

والتعريض أَنْ يسـاوم (٦) المشـتري في الشقص ، أو يطالبه / (٣٠٤/جـ أ) بالقسـمة ، أو يسـتأجره (٧) منـه ، أو يسـاقيـه عليـه ٠

فهل يكون التعريض بهذه الألفاظ كصريح العفو في إبطال الشـفعة أم لا ؟ علـى قولـين ، نصّ عليهـما فـي القديـم :

أحدهما : أنه (*) كالصريح في إبطال الشفعة لاشـتراكهما في المقصود بالـعـفـو (٨) ٠

والقول الثاني : أنه على حقه (٩) ما لم يُصَـرِّح بالعفو لِمَا فَـرَّق اللهُ تعالى بـه

---

(١) ج : والعفوا ٠

(٢) جاء بعده في ج : (صحيح) ٠

(٣) قوله (تعريض) : " التعريض في الكلام : ما يفهم به السامع مراده من غير تصريح " ٠ (التعريفات للجرجاني ، ص ٦٢) ٠

(٤) ساقطة من ج ٠

(٥) انظر : المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٠٦/٢ ٠

(٦) المُسَـاومـة : هي أنّ يطالب الشفيعُ المشـترى بيع الشقص ، و أنه دليل الإعـراض عن طلب الشـفعة ٠ (انظر : البدائع ٢٧٢٠/٦) ٠

(٧) أ : (يسـتأجر) ؛ ب ، ج : (يسـتأجره) ٠

(*) ب : انـه ؛ أ ، ج : أنها .

(٨) وهو الأظهر من القولين على ما ذكره النووى ، وهو متفق عليه ٠

انظر : المبسوط ١٥٤/١٤ ، والبدائع ٢٧١٥/٦ ، ٢٧٢٠ ، وتبيين الحقائق ٢٥٧/٥ــ٢٥٨ ، والكافي لابن عبد البر النمري ١٨٢/٢ ، والشرح الصغير ١١٤/٤ ، والروضة ١٠٧/٥ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٠٧/٢ ، والمغني ٢٤٤/٥ /٣٩٧٠ ، والروض المربع ٢٢٧/٢ ٠

(٩) ب : الحـق ٠

بـــه فـــي الخِطْبَـةِ بين حكم التعريض والتصريح (١)(٢) .

فأما قوله للمشـتري : " بارك الله لك في صفقتك " (٣) ، فليس بعفـو صريح ، ولا تعريض ، لأن وصوله (٤) إلى الثمن من الشـفيـع (٤) بركة فـي صفقتـه (٥)(٦) . و هكذا : / لو شهد للمشـتري في ابتياعـه ، (١٢٧/أ ـ ب) لم يكن (٧) عـفـوًا صريحًا ، ولا تعريضـًا ، لأن الشهادة وثيقـة في البيع (٨) الذى

---

(١) (والتصريح) : مكررة في ج .

(٢) لعل المصنف قَصَدَ قولَه تعالى في سورة البقرة : (٢٣٥) : ((وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ، وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ، وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ)) .

قد بيّن اللهُ تعالى في هذه الآية حكم خِطبة النساء المعتدات بعد وفاة أزواجهن ، فرخّص في إبداء الرغبة للرجل الذى في نفسه رغبة في تزوج معتدة بطريق التعريض دون التصريح . (انظر تفصيل الكلام على المسألة في: تفسير الطبرى ٥١٧/٢ وما بعدها، وأحكام القرآن للجَصّاص ١٢٨/٢ وما بعدها ، وأحكام القرآن لابن العربي ٢١٢/١ وما بعدها ، و تفسير القرطبي ١٨٨/٣ وما بعدها) .

(٣) ج : صفـتـك .

(٤) ج : من الثمن الى الشفيع .

(٥) ج : صفتـه .

(٦) ما ذكره المصنف هو أصحّ الوجهين على ما ذكره الرافعي والنووى . والوجه الثاني : أنّ الشفعة تبطل به .
انظر : فتح العزيز ٤٩٦/١١ ، والروضة ١١٠/٥ ، والمنهاج ٣٠٨/٢)
و قال الرافعي والنووى : ولو قال عند لقائه للمشترى : بكم اشتريت ؟ فوجهان : والأصح : لا تبطل الشفعة لافتقاره إلى تحقيق ما يأخذ به . والثاني : تبطل لأنّ حقه أنّ يظهر الطلب ثم يبحث .
انظر : فتح العزيز ٤٩٦/١١ ، والروضة ١١٠/٥) .

(٧) جاء بعدها في ج : (لـه) .

(٨) ج : المبيـع .

الذى بتمامه يستحق (١) الشفعة (٢) .

وجعل أبوحنيفة هذين الأمرين عفوًا صريحًا (٣) .

(٤ وأما إنْ قال ٤) : سَأَعْفُو ، أو قال : إنْ شئت عفوتُ ؛ فليس ذلك عفوًا .

ب/٣ (فصل)

والحال الثالثة من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع (٥) وتمكنه من الأخذ : أنّ يمسك عن الطلب ، ففيه ثلاثة أقاويل (٦) :

أحدها ـ وهو قوله في الجديد والإملاء ، وبه تقع الفُتْيَا ـ : أَنَّ الشفعة قد بطلت بتقضي زمان / المُكْنَة ، وإنَّ حَقَّ طَلَبِهَا على (٧٦/ب ـ أ) الفَوْر (٧) .

والقول

---

(١) ب : تتحقق .

(٢) وإلى قول الشافعية ذهب المالكية والحنابلة .
انظر : كتاب الكافي لابن عبدالبر النمرى ٢/ ١٨٢ ، والشرح الصغير ٤/ ١١٤ ، والمغني ٥/ ٢٤٢ ، ٦٦/٣٩٦ ، والكافي لابن قدامة المقدسي ٢/ ١٨٢ ، وكشاف القناع ٤/ ١٤٢ .

(٣) وجعل أبوحنيفة الأمرين عفوًا صريحا ، لأنّ الشفيع إذا قال للمشتري بعد علمه بالبيع : " بارك الله في صفقتك " ، بدلاً من أن يطلب الشفعة بما يدل على الطلب من الألفاظ ، أو شهد له في ابتياعه ؛ فهذان الأمران يعتبران عند أبي حنيفة عفواً ، لأن طلب الشفعة عنده على الفور . فاذا لم يبادر إلى الطلب فورًا بعد علمه بالبيع ، واشتغل بشيءٍ آخَرَ ، تبطل شفعته ، حيث إنه يدل على إعراضه عن طلب الشفعة .
انظر : البدائع ٦/ ٢٧٢٠ ، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٥٧ ، والفتاوى الهندية ٥/ ١٨٢ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب . قوله (ان قال) : مكرر في ج .

(٥) ج : بالمبيع .

(٦) انظر : رحمة الأمة ، ص ٢٢٣ ، ومغني المحتاج ٢/ ٣٠٧ ، ونهاية المحتاج ٥/ ٢١٥ .

(٧) انظر : المصادر نفسها .

والقول الثاني : أن حق الشفعة مُوَقَّت بثلاثة أيّام بعد المُكْنَةِ . فان طلبها إلى ثلاث (١) كان على حقه ، وإنْ مضت (٢) الثلاث قبل طلبه بطلت (٢) . قاله الشافعي (٣) في كتاب السير (٤) قال (٥) : وهذا استحسان (٦) ، وليس بأصل (٧) .

والقول الثالث : أنَّ حَقَّ الشفعة ممتدة على التراخي من غير تقدير بمدة ، وبه قال في القديم (٨) .

فاذا قيل بالقول الأول : إنَّ حَقَّ الشفعة على الفور ، وبه قال أبوحنيفة (٩) .

فوجهه

---

(١) ساقطة من ج .

(٢) ساقطة من ج . (*) ب : قال .

(٣) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .

(٤) سبق التعريف على كتاب السير . (ص ١٩٠ ، رقم الهامش ١٠) .

(٥) ب : (وقال) . (٦) ب : (استحسانا) .

(٧) قال الشيرازى في "المهذب" (١٤ / ٣١٩) : "نص عليه في سير حرملة أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام ..." . ولم أقف عليه في "الأم" ولا في "مختصر المزني" .

(٨) وزاد الشيرازى على الأقوال الثلاثة قولاً آخرَ ، وهو أن الشفيع بالخيار إلى أن يرفعه المشترى الى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو . وأضاف الرافعي والنووى إليها قولين آخرين : أحدهما : تمتد المدة إلى التصريح بإسقاطها . والثاني : تمتد إلى أن يصرّح بالإبطال أو يأتي بما يدل عليه ، كقوله : بِعْ لِمَنْ شِئتَ ، أو هِبْهُ . وكذا قوله : بِعْنِيهِ ، أو هِبْهُ لِي ، أو قَاسِمْنِي . وقيل : لا تبطل بهذا . والصحيح مِن الأقوال من المذهب هو الأول ، أى ثبوت حق الشفعة للشفيع على الفور .

انظر : المهذب ١٤ / ٣١٩ ، و فتح العزيز ١١ / ٤٩٠ـ٤٩١ ، والروضة ٥ / ١٠٧ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢ / ٢٠٧ ، ورحمة الأمة ص ٢٢٣ .

(٩) ما نقله المؤلف عن أبي حنيفة هو قول أبي يوسف أيضا ، وإحدى الروايتين عن محمد بن الحسن . وهو ظاهر المذهب عند الحنفية . وإليه ذهب أحمد في الرواية المشهورة عنه ، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة . والرواية الثانية عن أحمد : أنها موقتة بالمجلس ، فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة ، وإن طال . والثالثة : أنها على التراخي ، لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو ، أو مطالبة بقسمة ، أو نحو ذلك .

وبهذا تبين أن الجمهور ـ غير المالكية ـ يرى أن حقّ الشفعة على الفور ، و إنْ لم يطلبها الشفيع ساعة علمه بالبيع بطلت . وقال المالكية ـ على القول المشهور عندهم ـ : إنّ طَلَبَ حَقِّ الشفعة يُقَدَّر بسنة بعد العلم بالبيع ، كما سيأتي تفصيله . (ص ٤٦٩ / ج ٣ / فصل) .

فوجهه ما روى عن النبـى صلى الله عليه وسلم أنه قال (١) : " الشُّـفْعَـةُ كَنَشْـطَـةِ عِـقَـالٍ (٢) ، فَإِنْ أَخَذَهَا فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ تَرَكَهَا رَجَعَ بِاللَّائِمَةِ عَلَـى نَفْسِـهِ (٣) .

ولأن

= انظر: المبسوط ١٤ /١١٦ـ١١٧ ، وتحفة الفقهاء ٣ /٧٠، والبدائع ٦ /٢٧١٠ـ٢٧١١ ، والهداية ٩ /٣٨٢، وتبيين الحقائق وحاشيته المعروفة بحاشية الشيخ شهاب الدين على تبيين الحقائق ٥ /٢٤٢ـ٢٤٣ ، واللباب في شرح الكتاب ٢ /١٠٨ ، والموطأ ٢ /٧١٥ ، والمدونة ٥ /٤٠٤ ، والخرشي ٦ /١٧٢ ، (سبقت مصادر الشافعية ، ص ٤٦٤ ، رقم الهامش ٨) ، والإفصاح ٢ /٣٥ ، والمغني ٥ /٢٤١ /٣٩٦٦ ، والإنصاف ٦ /٢٦٠ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ /٤٣٦ ، وكشاف القناع ٤ /١٤٠ـ١٤١ ؛ ومن الكتب الحديثة : الفقه الإسلامـي وأدلته ٥ /٨٢٧ .

(١) جاء بعده في ج : (الشفعة لما رأيتها يحني لمن نادى اليها وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال) .

(٢) ويروى : " كنشط عقال " : أى كحل العقال : نزعـه . والعقال : الحبل الذى يعقل به البعير . (انظر : النهاية ٣ /٢٨٠ ، مادة " عقل " ، ونيل الأوطار ٥ /٣٧٨) .

(٣) والحديث لم أقف على من خرجه باللفظ الذى ساقه المؤلف ، وإنمـا أخرج [نحوه] ابن ماجه في سننه (٢ /٨٣٥ /٢٥٠٠) ، وابن عدى في الكامل (٦ /٢١٨٧ـ٢١٨٨) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٦ /١٠٨) من طريق محمد بن الحارث ، عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني ، عن أبيه ، عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : " لا شفعة لصبى ولا لغائب ، واذا سبق الشريك شريكه بالشفعة فلا شفعة ، والشفعة كحل العقال " . واللفظ لابن عدى والبيهقي ، إلاّ أنّ ابن عدى قال : " لصغير " بَدَلاً من " لصبى " .

وأخرجه أيضًا ابن حزم في المحلى (٩ /٩١ /١٥٩٦) من طريق البزار . ضعفه ابن عدى وابن حزم . وقال البيهقي : ليس بثابت . وقال ابن حجر في التلخيص (٣ /٦٠ /٥) بعد أن عزاه إلى ابن ماجه والبزار : " إسناده ضعيف جدًا " . وذكره ابن حزم بلفظ آخر ؛ وهو : " الشفعة كنشطة عقال ، والشفعة لمن واثبها " . ضعفه ابن حزم . وقال عنه ابن حجر في (التلخيص نفسـه) : " هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب ، وابن صباغ ، والماوردى هكذا بلا إسناد ، وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ : " الشفعة كحل العقال ، فان قيدها مكانه ثبت حقه ، وإلا فاللوم عليه " . ذكره عبد الحق في " الأحكام " عنه . وتعقبه ابن القطان بأنه لم يره في " المحلى " ، وأخرجه عبد الرزاق من قول شريح : إنما الشفعة لمن واثبها " . وذكره قاسم بن ثابت في " دلائله " . (انتهى قول ابن حجر) . وقال الزيلعي في نصب الراية (٤ /١٧٦) عن قوله " إنما الشفعة لمن واثبها " : غـريب . (والحديث عند عبد الرزاق في المصنف ٨ /٨٣ /١٤٤٠٦) .

ولأن حق الشفعة موضوع لإزالة الضرر (١)، فاقتضى أن يكون على الفور كالرد بالعيب، ولأن في استدامتها إدخال ضرر على المشترى (٢) (٣) مستديمًا، إذ ليس يعلم بقاء ملكه فيتصرف (٤)، ولا زوال (٣) ملكه فيطالب (٥) / (١٢٨/أ-أ) بالثمن؛ وما (٦) وُضِعَ لإزالة الضرر لم يجز أن يدخل به أعظم الضرر.

فعلى هذا القول، تُعْتَبر (٧) بالمُكْنَة المعهودة من غير إرهاق ولا عَجَلَة. فاذا عُلِمَ ~~(وت)~~ مُكِّنَ ~~(٨)~~ بعد العلم مِن لبس ثوبه، وجمع ماله، وغلق بابه، وصلاة (٩) وقته؛ فاذا توجه إلى (١٠) المشتري مَشَى على مهل كعادته، فاذا لقي المشترىَ جاز أن يبدأ بالسلام (١١) عليه قبل / (٣٠٤/ج-ب) المطالبة له (١٢) (١٣).

وقال

(١) ج : الضر.

(٢) ب : المسلمين.

(٣) ما بين القوسين تكرر في ج.

(٤) ب : فيصرف.

(٥) ب : فيطلب.

(٦) (ما) : صححت في أ فوق السطر.

(٧) ب : معتير.

(٨) ~~في جميع النسخ : (مكن)، زدتُ (و ت) لِما اقتضاه السياق، كما دل عليه قول المؤلف في بداية الفصل : "... بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ"~~

(٩) ب : وصلوة.

(١٠) (الى) : صححت في ج على الهامش.

(١١) ج : السلم.

(١٢) ساقطة من ج.

(١٣) ولكن لا بد من قبل الشفيع عقب علمه بالبيع من لفظ يدل على طلبه الشفعة كقوله : تملكتُ، أو اخترتُ الأخذ بالشفعة، أو أخذتُـهُ بالشفعة، أو وما أشبه ...

انظر : المهذب ١٤ / ٣١٩، وفتح العزيز ١١ / ٤٩٢، والروضة ٥ / ٨٣، ١٠٧، ١٠٨، ١١٠، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢ / ٣٠٧، ونهاية المحتاج ٥ / ٢١٦.

وقال محمد بن الحسن : إنْ قَدَّمَ السلامَ (١) على المطالبة سقط (٢) حقه مِن الشفعة (٣) .

وهذا خطأ لِمَا فيه مِن ترك السنة المأثُورَة وخرق العادة المستحسنة ، و (٤) لكن لو حادثه بعد السلام (٥) وقبل المطالبة (٦) بطل حقه من الشفعة (٦) .

وعلى هذا : لو طالب (٧) ، ثم أمسك بعد الطلب من غير تصريح (٨) بالعفو ، ولا تعريض (٩) بطلت شفعته حتى يكون مستديمًا للطلب بحسب المُكْنَة (١٠) .

و قال

---

(١) ج : السلم .
(٢) ب : بطل .
(٣) وما نسبه المصنف إلى محمد بن الحسن أحد الروايتين عنه ، وهو أيضًا قول أبي يوسف (أبي حنيفة) . والرواية الثانية عن محمد — وهو الأصح عنه : إذا بدأ بالسلام قبل طلب الشفعة ، لا تبطل به الشفعة ، كما قال الشافعية .

انظر : المبسوط ١٤/ ١١٦–١١٧ ، والبدائع ٦/ ٢٧١١–٢٧١٢ ، والهداية ٩/ ٣٨٢ ، والاختيار ٢/ ٤٤ ، وتبيين الحقائق وحاشية الشيخ شهاب الدين عليه ٥/ ٢٤٢–٢٤٣ ، ومجمع الأنهر وبدر المتقي في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٢/ ٤٧٤ ، والدر المختار مع حاشيته رد المحتار لابن عابدين ٦/ ٢٢٤ ، واللباب في شرح الكتاب ٢/ ١٠٨ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/ ٧١٠ .

(٤) ساقطة من ب .
(٥) ج : السلم .
(٦) ج : بالشفعة بطل حقه .
(٧) ب ، ج : طلب .
(٨) ب : صريح .
(٩) ج : تعرض .
(١٠) ب : الملك .

انظر : فتح العزيز ١١/ ٤٦٦ ، والروضة ٥/ ١١٠ .

وقال أبو حنيفة : شفعته باقية أبدًا (١) إذا قَدّم الطلب ما لم يصرح بالعفو (٢) .

وقال محمد بن الحسن : شفعته باقية في زمان إمساكه (٣) إلى مدة شهر ، فإن طلب بعده (٤) سقطت شفعته (٥) .

وكلا (٦) المذهبين خطأ . لأن المقصود بالطلب الأخذ ، فإذا أمسك عنه لم يكن للطلب / تأثير ، وبطل (٧) بالإمساك . (٧٦/ب ـ ب)

فصل

---

(١) قوله (أبدا) : ساقط من ب .
انظر: القدوري لأبي الحسين القدوري مع اللباب شرح الكتاب ١٠٨/٢ .

(٢) وما نقله المصنف عن أبي حنيفة وهو أيضًا إحدى الروايات الخمسة عن أبي يوسف . (انظر : المصادر التالية بعد قول محمد . رقم الهامش ٥) .

(٣) (امساكه) : في ب غير واضحة .

(٤) جاء بعده في جميع النسخ : (والا) ، وهي زائدة .

(٥) وبقول محمد قال زفر من أصحاب أبي حنيفة . وهو أيضًا رواية عن أبي يوسف ـ رحمهم الله ـ . ولأبي يوسف : إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يَقْدِرُ فيه على المخاصمة بطلت شفعته ، ولم يُوَّقت فيه وقتًا . وله : إنّ قدره بما يراه القاضي . وعنه : إنّ المدة ثلاثة أيام ، لأنه دليل الإعراض . هذا كله إذا تركه بغير عذر .

والراجح من الرأيَيْن المذكورين لفقهاء الحنفية هو رأي أبي حنيفة رحمه الله ، وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى . وقال آخرون من فقهاء الحنفية : إنّ المختار قول محمد ، وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار . وممن اختاره : ابن عابدين ، وأخذت به المجلة في المادة (١٠٣٤) .

انظر : القدوري ١٠٨/٢ ، ومختصر الطحاوي ص ١٢١ ، والمبسوط ١١٨/١٤ ، والبدائع ٢٧١٤/٦ ـ ٢٧١٥ ، والهداية ٣٨٥/٩ ، والاختيار ٤٥/٢ ، ومجمع الأنهر وبدر المتقي بهامش مجمع الأنهر ٤٧٥/٢ ، ورد المحتار ٢٢٦/٦ ـ ٢٢٧ ، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١٦٨/٢ ـ ١٦٩ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٧٢٢/٢ / المادة (١٠٣٤) .

(٦) أ : (كلى) ؛ ب ، ج : (كلا) .

(٧) ب : فبطل .

ج /٣(فصــــل)

و إذا قيل بالقول الثاني : إنَّ حق الشفعةِ مُقدَّرٌ (١) بثلاثة أيام بعد المُكْنَةِ.
فوجهه : أنَّ الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه
في الأخذ أو(٢) الترك ، واختيار / المشتري في حسن المشاركة(٣) (١٢٨ /أ ــ ب)
لِيُقِرَّ ، أو في سوء المشاركة لِيَصْرِفَ ، فلو رُوعِيَ فيه (٤) الفورُ(٥) ~~جعل(٦)~~
ضاق على الشفيع ، ولو جعل على التأبيد (٧) أضرَّ بالمشتري. فاحتيج إلى
مدة يتوصل(٨) بها (٩) الشفيع إلى التماس حظه(١٠) ، و (١١) لا يستضرّ
المشتري بتأخيره. فكان أولى الأمورِ تقديرُها (١٢) بثلاثة أيام ــ بخلاف
ما قال ~~له~~ ~~(١٣)~~ مالك (١٤) في تقديرها بسنة في رواية ابن وهب(١٥)
و

(١) ب : يقدر .
(٢) ب : و .
(٣) ب : المباركة .
(٤) ساقطة من ج .
(٥) ب : الغرر ، وجاء بعدها في أ : (جعل) ، وهو
~~(٦)~~ ساقطة من ب ، ج .
(٧) ب : الفاسد .
(٨) ج : تصف .
(٩) ساقطة من ج .
(١٠) ب : مظنه .
(١١) ساقطة من ب .
(١٢) ب : بتقديرها .
~~(١٣) (الهاء) : زيادة لما اقتضاه السياق .~~
(١٤) ساقط من ب .

(١٥) هو عبدالله بن وهب بن مسلم، القرشي بالولاء، المالكي، المصري، أبو محمد : ولد في مصر، وكان فقيها عامّا ، من أصحاب مالك، جمع بين الفقه والحديث والعبادة . وله مؤلفات كثيرة . منها : الجامع في الحديث ، والموطأ في الحديث ؛ وكان حافظا ، عُرِض عليه القضاء ، فاختبأ ... توفي بمصر سنة (١٩٧ هـ) .

انظر ترجمته في (تهذيب التهذيب ٦ /٧١ــ٧٤/ ١٤٠ ، وشذرات الذهب ١ /٣٤٧ــ٣٤٨ (مكتبة القدسي ، ١٣٥٠ هـ) ، الأعلام ٤ /٢٨٩ ، ومعجم المؤلفين ٦ /١٦٢) .

وبأربعة أشهر في رواية غيره (١) — لأمرين :

أحدهما : أنّ الثلاث حَدّ في الشرع لمدة الخيار (٢) ٠

و الثاني

---

(١) وما نسبه المصنف إلى مالك في تقدير مدة الشفعة بسنة في رواية ابن وهب ، وهي المشهورة عن مالك رحمه الله عليه ٠ ولكني لم أقف فيما اطلعت عليه في مظانه من كتب المالكية على أنّ ابن وهب هو الذى روى عن مالك هذه الرواية ٠ وإنما ذكرت المصادر التي اطلعت عليها اختلاف قول مالك في هذا الوقت — بدون ذكر أسماء الرواة — : هل هو محدود أم لا ؟ فقال ابن رشد :

" ٠٠٠ فمرة قال (مالك) : هو غير محدود وأنّها لا تنقطع أبدًا ، إلّا أنْ يحدث المبتاع بناءً أو تغييرًا كثيرًا بمعرفته ، و هو حاضر ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت . فروى عنه السنة ، و هو الأشهر ، وقيل أكثر من سنة ، وقد قيل عنه إنّ الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة " ٠ (بداية المجتهد ٢ /١٩٨) ٠

انظر قول مالك وأصحابه في تقدير مدة وجوب حق الشفعة : الموطأ ٢ / ٧١٥ ، والمدونة ٥ /٤٠٤ ، والكافي لابن عبد البر ٢ /١٨٥ ، والقوانين الفقهية ص ٢٩١ ، و قوانين الأحكام الشرعية و مسائل الفروع الفقهية لابن جُزى الغرناطي ص ٣٠٢ ، والخرشي ٦ /١٧٢ ، والشرح الصغير ٤ /١١٤ ، والشرح الكبير ٣ /٤٨٤ ، و أسهل المدارك ٣ /٤١ ٠

(٢) وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، فلا يجوز عندهما أكثر من ذلك ٠

وقال مالك : إنّ الخيار يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات ٠ وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات ٠

وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : يجوز الخيار لأى مدة شُرِطَت ، و لو كان فوق ثلاثة أيام ٠

(انظر تفصيل ذلك في : الهداية ٦ /٢٩٨ وما بعدها ، والاختيار ٢ /١٢ ، وبداية المجتهد ٢ /١٥٨ ، والخرشي ٥ /١٠٩ ، والروضة ٣ /٤٤٣ — ٤٤٤ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢ /٤٧ ، والمغني ٣ /٤٩٧ /٢٧٧٨ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ /١٦٨ — بيع الخيار —)

والأصل في كون ثلاثة أيام حدًا للشرع لمدة الخيار ، ما روى في الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما : " أنّ رجلاً ذكر للنبى صلى الله عليه وسلم أنه يُخْدَعُ في البُيُوع ٠ فقال : إذَا بايعتَ فقل : لا خِلَابَةَ " ٠ (واللفظ للبخارى) ٠

و " الخِلابة " : أى لا غبن ولا خديعة ؛ فثبت خيار المشتري بالنص ، وأُلْحِقَ به البائعُ بالقياس عليه ، فبقى ما زاد على الأصل ٠

انظر : صحيح البخارى ٣ /١٩ البيوع — باب ما يكره من الخداع في البيع رقم الباب (٤٨) ، وصحيح مسلم بشرح النووى ١٠ /١٧٦ البيوع - باب من يخدع في البيع ، والنهاية ٢ /٥٨ مادة " خلب " ، ومغني المحتاج ٢ /٤٧ ٠

والثاني : أنها (١) أَقْصَى حَدِّ القِلَّة وأَدْنَى حَدِّ الكثرة (٢) ٠

ألا ترى : أنّ الله تعالى قد قضى بهلاك قوم (٣) أنظرهم بعده ثلاثًا (٤) لقوله تعالى : ((تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ (٥) أَيَّامٍ ذَٰلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْذُوبٍ)) (٦) ٠ وقد أذن النبى صلى الله عليه وسلم للمهاجر أنْ يقيم بمكة بعد قضاء نُسُكِهِ ثلاثًا (٧) ٠

فعلى هذا : لو حصل في خلال الثلاثة الأيام زمان تتعذر فيه المطالبة (٨) لم يحتسب به منها ، و لقوله (٩) ـ من زمان المكنة ـ ثلاثة أيام، يتمكن (٩) في جميعها من المطالبة ٠

فصل

---

(١) ب : انه ٠

(٢) يرجع في ذلك إلى أصول السرخسي لأبي سهل السرخسي ١ /١٥٢ ، وشرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للتفتازاني ١ /٥٠ ، والمستصفى ٢ /٩١ وما بعدها ، ومنهاج الوصول في علم الأصول للقاضي البيضاوى ونهاية السول للأسنوى وشرح البدخشي مناهج العقول (كلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول وكلاهما مطبوع في كتاب واحد) ، ٢ /٨١ وما بعدها ، وشرح الكوكب المنير ٣ /١٤٤ ٠

(٣) قوله (قوم) : أى قوم صالح عليه الصلاة والسلام ٠ (ر : سورة هود) ٠

(٤) ب : ثلاثة أيام ٠

(٥) ب :(ثلثة) ، أ : (ثلاثة) ٠

(٦) والآية كاملة : ((فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ الخ)) ٠ سورة هود الآية : ٦٥ ٠(والمخاطب قوم صالح عليه السلام ٠ (انظر: فتح القدير للشوكاني ٢ /٥٠٨) ٠

(٧) أخرجه مسلم والترمذى عن سائب بن يزيد ، عن العلاء بن الحضرمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثا " ٠ واللفظ لمسلم ٠
قال الترمذى : " هذا حديث صحيح ٠ وقد رُوى من غير هذا الوجه بهذا الإسناد مرفوعًا " ٠ (انظر: صحيح مسلم بشرح النووى ٩ /١٢١ كتاب الحج ـ باب جواز الإقامة بمكة للمهاجر منها ، والترمذى ٢ /٢١٣ /٩٥٦ الحج) ٠

(٨) ب : المطالب ٠

(٩) ب : (زمان لم يمكنه بل يتمكن) ٠

د /٣(فصـــل)

وإذا قيل بالقول الثالث : إنّ حق الشفعة على التراخي (١) •

فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم : " فَإنْ بَاعَ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ (٢) حَتَّى يُؤْذِنَهُ " (٣) •

فكان على عموم الأوقات ، ولأن ما مُلِكَ مِن الحقوق لا يبطل بالتأخير (٤) كالدُّيون ، ولأن تأخير الشفعة أَرْفَقُ بالمشتري في حصول المنفعة ويملك الأجرةَ والغلَّةَ •

فعلى هذا في الذى يسقط حقه من الشفعة / ثلاثة أقاويل : ٨٢٩أ ـ أ)
أحدها : العفو (٥) الصريح دون / غيره من التعريض (٦) • وليس (٣٠٥/ج ـ أ)
للقاضي أن يقطع خياره إذا رفع (٧) إليه ، لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق كالدُّيون •

والثاني

---

(١) وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله • (انظر: الإفصاح ٢ /٣٥ ، والمغني ٥ /٢٤١ /٣٩٦٦ ، والإنصاف ٦ /٢٦٠) : والرواية المشهورة عن أحمد أن حق الشفعة على الفور • (ر : ص ٤٦٤ ، رقم الهامش ٩) •

(٢) ساقطة من ب •

(٣) قد ساق المؤلف الحديث في (ص ٦٥٨ / ٤٠ ـ مسألة) مُطَوَّلاً عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم • أخرجه مسلم بهذا السند بلفظ : " قَضَى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كُلِّ شِرْكَةٍ لم تُقْسَمْ رَبْعَةٍ أوحَائِطٍ، لا يَحِلُّ له أنْ يَبيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ ؛ فَإنْ شَاءَ أَخَذَ ، وإنْ شَاءَ تَرَكَ ؛ فَإذَا بَاعَ ، وَلَمْ يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ " •

(انظر: صحيح مسلم بشرح النووى ١١ /٤٦ المساقاة ـ الشفعة) •

قوله (رَبْعَة) : قال الخطابي : " الربع والربعة : المنزل الذى يربع به الإنسان و يتوطنه ، يقال : هذا ربع ، وهذه ربعة ـ بالهاء ـ ، كما قالوا : دار ، ودارة " • (انظر: معالم السنن ٥ /١٦٥ ـ ١٦٦ ، و انظر أيضاً : النهاية ٢ /١٨٩ مادة " ربع " ، وجامع الأصول ١ /٥٨٣) •

وقوله (حائط) : البستان من النخيل إذا كان عليه حائط ، وهو الجدار ، و جمعه : الحوائط • (النهاية ١ /٤٦٢ مادة " حوط ") •

وقوله (يُؤْذِن) : يُعْلِم : الإعلام • (النهاية ١ /٣٤ مادة " اذن " ، وشرح صحيح مسلم ١١ /٤٦) •

(٤) ب : من التأخير • (٥) جاء بعده في ب : (و) •

(٦) انظر: رحمة الأمة ، ص ٢٢٣ •

(٧) ب : رجع •

والثاني : أنَّ شفعته تسقط بأحد أمرين : إما بالعفو الصريح ، أو بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرناه (١) ٠

والقول (٢) الثالث : أن شفعته تسقط بأحد ثلاثة أمور (٣) : إما بالعفو الصريح (٤) ، أو (٥) بما (٦) يدل عليه من التعريض ، أو بأن يحاكمه (٧) المشتري إلى القاضي / فَيُلْزِمَهُ الأخذَ أو (٨) التركَ ؛ فان أخذ ، (٧٧/ب ـ أ) وإلّا حكم عليه بابطال الشفعة ، لأنَّ القاضي مندوب إلى (٩) فصل الخصومات (٩) وقطع المنازعات ٠

هـ/٣ (فصل)

فاذا تقرر ما وصفنا ، وأخذ الشفيعُ الشقصَ بالشفعة ، لم يجز أنْ يشترط (١٠) فيه خيار الثلاث ٠ وفي استحقاق خيار المجلس وجهان ـ حكاهما (١١) أبو القاسم (١٢) بن كج (١٣) ـ :

أحدهما : له خيار المجلس ، لأنه يخلف عقد البيع ٠

والثاني : لا خيار له ، لأنه يملك الشقصَ ملكَ إجبار لا عن مُراضاة (١٤) ٠

مسألة

(١) أ ، ج : (ذكرنا) ؛ ب : (ذكرناه) ٠ (ر : ص ٤٦١ ـ ٤٦٣) ٠
(٢) (القول) : ساقط من ب ٠
(٣) جاء بعدها في ج : (ثلاثة) ٠
(٤) (الصريح) : مكرر في ج ٠
(٥) ساقطة من ب ، ج ٠
(٦) ب : انما ٠
(٧) ب : يحاكم ٠
(٨) ب : و ٠
(٩) ج : الفصل من الخصومات ٠
(١٠) أ : (يشرط) ؛ ب ، ج : (يشترط) ٠
(١١) ساقطة من ج ٠
(١٢) ب : القسم ٠
(١٣) تقدمت ترجمته ٠ (جـ ١ ، ص ٢٢١) ٠
(١٤) ذكر الشيرازي الوجهين وسكت عنهما ٠ (المهذب ١٤/ ٣٣٨) ٠

٤ ـ مسـألـة

قال الشافعي رحمه الله (١) : فان علم فأخّر (٢) الطلب : فان كان له عذر من (٣) حبس أو غيره، فهو على شفعته، و (٤) إلاّ فلا شفعة له ٠ ولا يقطعها طول غيبة، وإنّما يقطعها أن يعلم فيتركه (٥) ٠

و هذا كما قال: إذا علم الشفيع بالبيع وكان معذورًا بترك الطلب : إمّا لغيبة، أو مرض، أو حبس (*)؛ فله ثلاثة أحوال : / (١٢٩/أ ـ ب)

أحدها : أن يقدر على التوكيل في الطلب له ٠ فان وَكَّل كان (٦) على حقه من الشفعة، بل لو (٧) وَكَّل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز ، وكان على شفعته، لأن مَن ثبت له حق، فله الخيار في استيفائه بنفسه أو بوكيله (٨) ٠

وهل ـ إذا قدر على التوكيل مع عجزه عن الطلب بنفسه ـ يكون التوكيل واجبًا عليه وشرطاً في بقاء شفعته أم لا ؟ على ثلاثة أوجه :

أحدها ـ وهو قول أبي حامد المَرْوَرُّوذِيّ (٩)، نصّ عليه في

---

(١) ب : رضى الله عنه ، ج : رحمه الله عليه ٠
(٢) أ ، ج : (وأخر)؛ ب ، المختصر : (فأخر) ٠
(٣) (من) : من ب ، المختصر؛ أ ، ج : (في) ٠
(٤) ب : أو ٠
(٥) ب : و يترك ٠
انظر : المختصر ٨/١٢٠ ٠
(*) جاء بعده في ج : (له) ٠ (٦) ساقطة من ب ٠
(٧) ساقطة من ج ٠ (٨) ب : وكيله ٠
(٩) أ : (أبي حامد المرورودى)، ب : (أبي حامد المروزى)، ج : (أبي اسحاق المروروذى) ٠ والصحيح ما أثبتُه ٠
هو أحمد بن عامر بن بشر بن حامد المَرْوَرُّوذِيّ القاضي، أبو حامد، أحد أئمة الشافعية ٠ توفى سنة (٣٦٢ هـ) ٠ من مؤلفاته: شرحه على مختصر المزني، والجامع في المذهب، والإشراف في الأصول، والجامع الكبير ٠٠٠
انظر ترجمته في (طبقات الفقهاء للعبادى ص٧٦، وطبقات الفقهاء للشيرازى ص ١١٤، و وفيات الأعيان ١/٦٩، وطبقات الشافعية الكبرى ٣/١٢/٧٦، و البداية والنهاية ١١/٢٠٩، وشذرات الذهب ٣/٤٠، و الأعلام ١/١٢٩، و معجم المؤلفين ١/٢٥٨) ٠

في جامعـه (١) ـ : أَنّ التوكيل واجب عليه بعوض و غير عوض لكونـه قادرًا به على الطلب (٢) .

والوجه الثاني ـ وهو قول أبي علي الطبري (٣) ، نصّ عليه في إفصاحه ـ : أَنّ التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض ، لأَنّ بذل العوض التزام غرم (٤) و(٥) في التطوع بـه منّـة لاَحِقَـة (٦) .

والوجه الثالث (٧) ـ وهو قول بعض المتأخرين ـ : إنْ وجد متطوعًا بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر ، وإنْ لم يجد إلاّ مستجعلاً (٨) لم يجب عليه التوكيل لِمَا فيه (٩ من التزام ٩) زيادة على الثمن (١٠) .

فعلى هذا : إنّ قيل : (١١ بوجوب التوكيل بطلت شفعته إنْ لم يوكّل ؛ وإنْ قيل ١١) : إنّها ~~١٢~~ غير واجبة كان (+) على شفعته / (١٣) . (٣٠٥/ج ـ ب)

فصل

---

(١) ذكره السبكي في "الطبقات الكبرى" منسوبا إلى أبي حامد المروروذي ، وقال : إنه عمدة من الحُمَد للأصحاب ، ومرجع في المشكلات والعُقَد . وذلك لاحاطته بالأصول والفروع ، وإتيانه على النصوص والوجوه . (٣/ ١٢ ـ ١٣/ ٦٧) .

(٢) انظر : المهذب ١٤/ ٣٢٤ .

(٣) سبقت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٢٥١) .

(٤) جاء بعدها في ب : (بـه) .

(٥) ساقطة من ب .

(٦) انظر : المهذب ١٤/ ٣٢٤ ، وفتح العزيز ١١/ ٤٩٢ .

(٧) ب : الثاني .

(٨) أ : (مستجعلا) ؛ ب،ج : (مستعجلا) .

(٩) ب : لا لتزام .

(١٠) انظر : المهذب ١٤/ ٣٢٤ ، وفتح العزيز ١١/ ٤٩٢ .

(١١) ما بين القوسين ساقط من ج .

~~(١٢) في جميع النسخ : (إنها) ، صححتها ، لأنّ الضمير يعود إلى التوكيل~~

الضمير يعود إلى الوكالة (المشرف د/ أحمد ريان) .

(+) قوله (كان) : ساقط من ج .

(١٣) ذكر الشيرازي والرافعي والنووي الوجوه الثلاثة ، وسكت عنها الشيرازي ، والأصح عند الرافعي والنووي هو الأول .

انظر : المهذب نفسه ، وفتح العزيز نفسه ، والروضة ٥/ ١٠٧ ، والمنهاج ٢/ ٣٠٧ ـ ٣٠٨ .

أ/٤ (فصـــل)

والحال الثانيـة : أن يعجز عن التوكيل ، و يقدر على الإشهاد بالطلب •

فعند / أبي حنيفة : أنّ الإشهاد شرط في اسـتحقاق الشفعة مع (٧٧/ب ـ ب) القدرة / على (١) الطلب و (٢) مع العجز عنه ، وأنه متى لم يُشْهِدْ (١٣٠/أ ـ أ) مع مُكْنَتِـهِ مِن الإشهاد بطلت شـفعتـه (٣) •

وعند الشافعي (٤) : أنَّ الإشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب ، لأنّ الإشهاد إنّما يراد ليكون بينة له (٥) على إرادة الطلب ، فاستغنـى عنـه بظهور الطلـب •

فأمـا

---

(١) ج : عـن •
(٢) ساقطة من ب •
(٣) طَلَبُ الشفعةِ عند الحنفية على ثلاثة مراحل ، وهي كما يلي موجزًا :
أ ـ طلب المواثبة : وهو أن يبادر الشفيع في طلب الشفعة في مجلس علمه بالبيع فورًا بلفظ يدل على طلبها •
ب ـ طلب التقرير والإشهاد : وهو أن يتقدم الشفيع بطلب ثانٍ ليؤكد به طلبه الأول ، ويكون على فور الطلب الأول • ويطلبها عند البائع إنْ كان العقار في يده ، أو عند المشتري مطلقًا ، أو عند العقار ؛ فيقول : إنّ فلانًا اشترى هذه الدار وقد كنتُ طلبتُ الشفعة ـ طلب المواثبة ـ وأنا أطلبها الآن ، فاشهدوا على ذلك •
جـ ـ طلب الخصومة والتملّك : وهو أن يطلب الشفيع عند القاضي الحكمَ بالشفعة وتسليمَ المبيع • وهذا الطلب إنما يشترط حيث لم يُسَلِّم المشتري الشقصَ برضـاه •
انظر : المبسوط ١٤/١١٧ ـ ١١٨ ، والبدائع ٦/٢٧١١ وما بعدها ، والهداية (مع تكملة فتح القدير نتائج الأفكار وشرح العناية) ٩/٣٨٤ ، ٤١٣ ، والاختيار ٢/٤٤ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٤٤ ، ومجمع الأنهر ٢/٤٧٤ ، وحاشية ابن عابدين ٦/٢٢٥ ، والعقود الدرية ٢/١٦٨ ، والفتاوى الهندية ٥/١٧٢ وما بعدها ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٧١٢ وما بعدها •
(٤) جاء بعده في ب : رضي الله عنه •
(٥) ساقطة من ج •

فأما وجوب(١) الإشهاد مع العجز عن الطلب، ففيه قولان (٢) :

أحدهما — وهو ظاهر نصه هاهنا (*) — : أنّ الإشهاد ليس بواجب ، وهو على شفعته إنّ تركه كالقادر على الطلب .

والقول الثاني : أنّ الإشهاد واجب، وتركه مُبْطِل للشفعة (٣) .

والفرق بين القادر على الطلب والعاجز عنه : أنّ ظهور الطلب من القادر عليه يُغني عن الإخبار بمراده ، والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون إمساكه تركاً (٤) للشفعة ، ويحتمل أن يكون قصدًا (٥) للطلب مع المُكْنَة ، فافتقر إلى نفي الاحتمال (٦) في الإخبار عن (٦) مراده بالإشهاد .

فعلى هذا : يجب أَنْ يُشْهِدَ ، و يكون (٧) بَيِّنَةً كاملةً عند الحاكم (٨) . وهو أَنْ يُشْهِدَ شاهدَيْن عَدْلَيْن ، أو شاهدًا (٩) وامرأتَيْن (١٠) . فان أَشْهَدَ شاهدًا (١١) واحدًا لِيَحْلِفَ معه لم يُجز ، لأنّ من الحكام مَنْ لا يحكم بالشاهد واليمين ، فلم يصر مستوثقًا (١٢) لنفسه بالإشهاد (١٣) .

ولو

---

(١) جاء بعده في ب : (الطلب) .

(٢) قال فيه الرافعي : " قولان أو وجهان " . (فتح العزيز ١١/ ٤٩٢) .

(*) (*) ر : ص ٤٧٤/ ٤ — مسألة .

(٣) ذكر الشيرازي والرافعي القولين (أو الوجهين عند الرافعي) ، وسكت عنهما الشيرازي ، فقال الرافعي : أظهرهما : أنه يبطل حقه ، لأن السكوت مع التمكن من الإشهاد مشعر بالرضا . وتابعه في ذلك النووي .

انظر : المهذب ١٤ / ٣٢٤ ، وفتح العزيز ١١ /٤٩٢ ، والروضة ٥/ ١٠٧ ، والمنهاج ٢ /٣٠٧ـ٣٠٨ .

(٤) ج : ترك .

(٥) ب : قصد .

(٦) ج : (في الاحتمال على) .

(٧) (ويكون) : ساقطة من ب .

(٨) ب ، ج : الحكام .

(٩) ب : شاهد .

(١٠) انظر : مغني المحتاج ٢ /٣٠٧ ، ونهاية المحتاج ٥ /٢١٦ .

(١١) ساقطة من ب .

(١٢) ب : مستوهنا .

(١٣) وممن قال به الروياني . (انظر : مغني المحتاج ٢ /٣٠٧ـ٣٠٨ ، ونهاية المحتاج ٥ /٢١٦) .

و لو أشهد عبيدًا (١) (٢ أو صبيانًا ، أو فساقًا ٢) لم يُجزه (٣) .

و قال أبوحنيفة : يُجزيه إشهادُهم، لأنه (٤) قد ينعتق (٥) العبيد ، ويرشد الفساق، ويبلغ الصبيان (٦) .

وهذا / خطأ . لأنّ مقصودَ الشهادة هو الأداء ، فلم يقنع (١٣٠/أ ـ ب) إشهاد مَنْ لا يصح (٧) منه الأداء ، و ليس ما ذكره من جواز انتقالهم عن أحوالهم بأغلب من جواز بقائهم على أحوالهم .

فلو لم يُشْهِدْ ، وطالب عند الحاكم بالشفعة ، فهو أقوى من الإشهاد في ثبوت الشفعة .

ب/٤ (فصل)

والحال الثالثة : أن يعجز عن التوكيل والإشهاد (٨) . فهو على حقه من الشفعة، وإنْ تطاول به الزمان ما لم يقدر على القدوم للطلب .

فانّ قدر على القدوم، فأخذ فيه على المعهود في التأهب (٩) والمسير (١٠) من غير إرهاق ولا استعجال كان على شفعته . وإنْ أخّر (١١) قدومَهُ عن وقت (١٢) المكنة

(١) أ : (عبدا) ؛ ب، ج : (عبيدا) .
(٢) ب : (أو فساقا أو صبيا) .
(٣) ب : لم يجز . (الهاء) ساقطة .
(٤) ج : لأنهم .
(٥) ب : يحتق .
(٦) انظر: البدائع ٤٠٢٣/٩ ، كتاب الشهادة .
(٧) ج : لم يصح .
(٨) (والاشهاد) : صححت في ج على الهامش .
(٩) (في التاهب) : ساقطة من ب .
(١٠) ج : المسترى .
(١١) جاء بعدها في ب : (على) .
(١٢) ساقطة من ب .

المُكْنَة بطلت شفعته / . (٧٨/ب ـ أ)

فان اختلفا : فقال المشتري : أَخَّرْتَ القُدُومَ مع القدرة عليه . / (٣٠٦/ج ـ أ)
وقال الشفيع : أخَّرته للعجز عنه : فالقولُ قولُ الشفيع مع يمينه، إذا كان
ما قاله (١) ممكنا ، ويكون على شفعته ، ولم يقبل (٢) قول المشتري في
إبطالها (٣) .

وهكذا : لو قال المشتري : قدمتَ لغير المطالبة (٤) . وقال الشفيع: قدمتُ
للطلب (٥) . كان القولُ قولَه مع يمينه . وهو على شفعته .

وهكذا : لو قال المشتري : تقدّم عِلْمُكَ (٦) على (٧) زمان الطلب .
وقال الشفيع : لم أعلم إلاّ وقت الطلب . فالقولُ قولُ الشفيع مع يمينه .

ج/٤ (فصل)

فأما ما يصير به عالِمًا : فالبينةُ العادلةُ، وكُلُّ خبرٍ وَقَعَ في نفسه
صِدْقُه؛ ولو من امرأة، أو عبد ، أو كافر / لأنّ ما تعلق بالمعاملات (١٣١/أ ـ أ)
يستوى فيه خبر الحُرّ (٨) ، والعبد ، والعدل ، والفاسق إذا وقع في
النفس أنَّ المُخْبِرَ صادق (٩) (١٠) .

و قال

---

(١) أ : (قال) ؛ ب، ج : (قاله) .
(٢) ب : ولا يقبل .
(٣) انظر : فتح العزيز ١١/٤٩٦، والروضة ٥/١١٠ .
(٤) ب : الطلب .
(٥) ج : للمطالبة .
(٦) ب : عليك .
(٧) ساقطة من ب .
(٨) ساقطة من ب .
(٩) انظر : المهذب ١٤/٣٢٤، و فتح العزيز ١١/٤٩٤ـ٤٩٥، والروضة ٥/١٠٩ .
(١٠) وبه قال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، وإليه ذهب الحنابلة .
انظر: البدائع ٦/٢٧١٠ ، والهداية ٩/٣٨٤، والاختيار ٢/٤٤، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٤٣، وكشاف القناع ٤/١٤٤ .

وقال أبو حنيفة : لا يصير عالِمًا إلاّ بالبينة العادلة ، لأنّ الحق لا يثبت إلاّ بهـا (١) .

فلو (٢) علم الشفيع بالبيع ، فأمسك عن الطلب لجهله باستحقاق الشفعة ، ففي بطلانها (٣) وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الأمة إذا اعتقت تحت عبدٍ ، فأمسكت (٤) عن الفسخ لجهلها (٥) باستحقاقه (٦) .

د / ٤ (فصل)

(٧) وإذا باع (٧) بالبصرة شِقْصًا مِن دارٍ بمصر ، وحضر الشفيع ، فأخَّر طلبها مع القدرة عليه ليأتي مصرَ فيطالبه بها (٨) بطلت شفعته . لأنّ قدرته على أخذها بالبصرة كقدرته على أخذها بمصر . ولكن لو أنكر المشتري بالبصرة أنه خليط ، فأخّرها ليقيم البينة بمصر ، كان على شفعته إذا (٩) لم يجد بينة بالبصرة .

واختلف

---

(١) ب : بهما .
انظر قول أبي حنيفة في (البدائع ٦ / ٢٧١٠ ، والهداية ٩ / ٣٨٤ ، والاختيار ٢ / ٤٤ ، وتبيين الحقائق ٥ / ٢٤٣) .

(٢) ب : ولو .

(٣) ب : بطلانه .

(٤) أ ، ج : (فأمسك) ، ب : (فأمسكت) .

(٥) أ : (لجهله) ؛ ب ، ج : (لجهلها) .

(٦) ~~في جميع النسخ : (باستحقاقه) ، لعل الصواب ما أثبته ، لأن الضمير يعود إلى الأمة~~ الفسخ (المناقش د / أحمد ياسر) .

(٧) ب : فاذا تبايعا .

(٨) ساقطة من ج .

(٩) ب : واذا .

واختلف أصحابنا فيمن تشهد (١) به البينة في استحقاق الشفعة على وجهين :

أحدهما : أنه (٢) لا شفعة له ، إلّا أَنْ تشهد له البينة بالملك. وبه قال أبو حنيفة (٣) ، لِأَنَّ لا ينتزع (٤) ملكًا بأمرٍ مُحْتَمَلٍ .

والوجه الثاني : أنه يستحق الشفعة (٥) إذا شهدت له البينة باليد (٦) ؛ وبه قال أبو يوسف (٧) ، لأنها حجة في الملك ، لكن يحلف (٨) الشفيع مع بينته باليد : أنه مالك ، ثم يحكم له بالشفعة (٩) .

فصل

---

(١) ب : تشهد ؛ أ ، ج : شهد .

(٢) ساقطة من ب .

(٣) وما نقله المؤلف عن أبي حنيفة ، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وبه قال محمد بن الحسن ، كما أنه رواية عن مالك على ما ذكره ابن رشد ، وإليه ذهب الحنابلة .

انظر : المبسوط ١٤/١٦٢-١٦٣ ، والبدائع ٦/٢٧٠٤ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٤٥ ، والفتاوى الهندية ٥/١٦١ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٧٤ ، وبداية المجتهد ٢/١٩٧ ، وكشاف القناع ٤/١٥١-١٥٢ ، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٤١ .

(٤) ب : لا يتبرع .

(٥) ساقطة من ب .

(٦) انظر : مغني المحتاج ٢/٢٩٨ ، ونهاية المحتاج ٥/٢٠١ .

(٧) وهو رواية ثانية لأبي يوسف ، وبه قال زُفَر ، كما أنه رواية عن مالك على ما ذكره ابن رشد . (يرجع إلى المصادر نفسها تحت رقم ٣) .

(٨) ب : يختلف .

(٩) جاء بعدها في ج : (والله أعلم) .

هـ/٤ (فصـــل)

وإذا (١) عُـرِض الشقصُ [٢] قبل البيع على الشفيع [٢] فلم يشتـره ،/ (١٣١ /أ ـ ب) ثم بيع ، فله المطالبة بالشفعة ؛ ولا يسـقط حقه منها [٣] بامتنـاعـه [٣] مـن / الشراء (٤) لوجوبها بالبيع الحادث ٠ (٧٨ /ب ـ ب)

فلو عفا (٥) الشفيع عنها قبل الشراء (٦) كان عفـوه باطلاً ٠ وهو علـى حقه من الشفعة [٧] بعد الشراء [٧] / لأنه عفا عنها (٨) قبل استحقاقها ، (٢٠٦ /ج ـ ب) فصـار كابرائـه من الدّين قبل وجوبـه (٩) ٠

فصـــل

---

(١) ب : فاذا ٠
(٢) ج : على الشفيع قبل البيع ٠
(٣) ج : متناعـه ٠
(٤) ج : الشرى ٠
(٥) أ ، ب : (عفـى) ؛ ب : (عفـا) ٠
(٦) ج : الشرى ٠
(٧) (بعد الشرى) : ساقطة من ب ، وفي ج : (بعد الشرى) ٠
(٨) أ : (عنه) ؛ ب ، ج : (عنها) ٠
(٩) ج : وجوده ٠

وما ذكره المصنف وهو قول أبي حنيفة ومالك وأصحابهما ، وبه قال عثمان البتـي ، وابن أبي ليلى ، وغيرهم ٠ وقال الثوري ، وأبو عبيد ، وطائفة من أهل الحديث : تبطل شفعته ٠ وقال ابن المنذر : "وقد اختلف فيه عن أحمد ؛ فقال مرة : تبطل شفعته ، وقال مرة : لا تبطل" ٠ وما ذهب إليه أبـو حنيفة والشافعي ومَن معهما ـ رحمهم الله ـ ، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة على ما ذكره ابن قدامة والمرداوي ٠

انظر : تحفة الفقهاء ٧٨/٣ ، والبدائع ٢٧١٥/٦ ، والفتاوى الهندية ١٨٢/٥ ، والخرشي ١٧٤/٦ ، والشرح الصغير ١١٦/٤ ، وشرح صحيح مسلم للنووي ٤٦/١١ ـ ٤٧ ، والمغني ٢٨٢/٥ /٤٠٣٦ ، والإنصاف ٢٧١/٦ ـ ٢٧٢ ٠

و/٤ (فصـــل)

فاذا (١) صالح الشفيعُ المشترىَ على مالٍ يأخذه منه عوضًا على ترك الشفعة لم يجز ، وكان صلحًا باطلاً وعوضًا مردودًا (٢) ، كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحقه (٣) من دَيْنٍ أو شرط . و في بطلان شفعته (٣) بذلك وجهان :

أحدهما : قد بطلت ، لأنه تارك لها (٤) .

والوجه الثاني : أنها (٥) لم تبطل (٦) ، (٧) لأن الترك مشروط (٧) بعوض ، فلما بطل العوض بطل الترك .

ز/٤ (فصـــل)

و إذا عفا (٨) الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو ، وفيه وجهان (٩) :

أحدهما : أن (١٠) العفو باطل . و هو على حقه من الشفعة في الكل ، لأن العفو لما لم يكمل بطل . و به قال أبو يوسف (١١) .

والوجه

---

(١) ب ، ج : و اذا .

(٢) واختار صحة ذلك أبو اسحق المروزى . (انظر : فتح العزيز ١١ / ٤٩٨ ، والروضة ٥ / ١١١) .

(٣) ب : (من خيار مجلس أو شرط في بطلان شفعته) .

(٤) قال الشربيني والرملي : لا يصح الصلح عن الشفعة بحال كالرد بالعيب ، وتبطل شفعته إنْ علم بفساده . (انظر : مغني المحتاج ٢ / ٣٠٩ ، و نهاية المحتاج ٥ / ٢١٨) .

(٥) ب : انه . (٦) ج : لا تبطل .

(٧) ب : (لأن تركها كان مشروطا) .

(٨) أ : (عفى) ؛ ب ، ج : (عفا) .

(٩) قال الرافعي والنووى : فيه ثلاثة أقوال ، ولم يذكراها . وقال النووى في " المنهاج " : والأصح أن الواحد إذا أسقط بعض حقه سقط كله . و قال الشربيني : والثاني : لا يسقط منه شيء . والثالث: يسقط ما أسقطه و يبقى الباقي ، لأنه حق مالي يقبل الانقسام . (انظر: فتح العزيز ١١ /٤٩٨ ، والروضة ٥ /١١١ ، و المنهاج و شرحه مغني المحتاج ٢ / ٣٠٦) .

(١٠) ساقطة من ب .

(١١) انظر : البدائع ٦ / ٢٧٢٠-٢٧٢١ ، والفتاوى الهندية ٥ / ١٨٤ ، و درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢ / ٦٩٩ ، ٧٣٢ .

والوجه الثاني ـ وهو قول أبي العباس بن سريج (١) ـ : أنّ العفوَ صحيح في الكل تعليقا (٢) (٣ لِمَا ظهر من حكم التسليم ٣) . وبه قال محمد بن الحسن (٤) .

ح/٤ (فصل)

وإذا وجبت الشفعة لخليط، فباع حصته قبل الأخذ أو (٥) الترك لم يَخْلُ حاله عند بيعها مِن أحد أمرين : إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعة أو بعد العلم بها .

فان باع حصته بعد (٦) العلم / بالشفعة، فلا شفعة له ، لأن المعنى الموجب لها من سؤ المشاركة والخوف مِن مؤنة القسمة (٧ قد ارتفع ٧) بالبيع وزوال الملك (٨) .

فعلى هذا : لو باع بعض حصته ، ففي بطلان شفعته (٩) وجهان مخرجان من العافي عن بعض شفعته (١٠) .

أحدهما

---

(١) تقدمت ترجمته . (جـ ١، ص ٥١) .

(٢) ب : تغليبا .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٤) انظر: المصادر نفسها ص ٤٨٣ ، رقم الهامش ١١) .

واختارت المجلة قول محمد . (المادة : ١٠٤١) .

والاصح من الوجهين عند الشافعية هو الوجه الثاني . وإليه ذهب الحنابلة . (انظر: المهذب ١٤/ ٣٢٥، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/ ٣٠٦، والمغني ٥/ ٢٤٤/ ٣٩٧١ ، والروضع المربح ٢/ ٢٢٧) .

(٥) ب ، ج : و .

(٦) ج : قبل .

(٧) ب : وهذا مرتفع .

(٨) انظر : المهذب ١٤/ ٣٢٥، وفتح العزيز ١١/ ٤٩٧، والروضة ٥/ ١١١، و مغني المحتاج ٢/ ٣٠٩، ونهاية المحتاج ٥/ ٢١٨ .

(٩) حكى الشيخ أبوعلي وغيره فيه " قولين " بَدَلاً من الوجهين على ما ذكره الرافعي . (انظر : فتح العزيز ١١/ ٤٩٧) .

(١٠) ر : ص ٤٨٢ /ز/٤ (فصل) .

أحد هما : أنها لا تبطل ، وهو على حقه منها ، لأنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره (١) .

فأما إنْ كان بيعه لحصته قبل العلم بشفعته ، ففي بطلان الشفعة وجهان (٢) :

أحد هما ـ وهو قول أبي العباس بن سريج (٣) ـ : أنّ شفعته قد بطلت ؛ لأنه باع (٤) الملك المقصود بالشفعة كمال منافعه .

والوجه الثاني ـ حكاه أبو حامد الإسفرايني (٥) ـ : أنه على شفعته ، لأنه قد ملكها ، وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها (٦) .

والوجه الأول أصح لما ذكرنا من التعليل / (٧) . (٧٩/ب ـ أ)

ط/٤ (فصل)

فلو علم بالبيع (٨) ، وقيل له : إنّ الثمن ألفُ درهمٍ ، فعفا (٩) عن الشفعة ، ثم بان أنّ الثمن مائة دينار ، كانت له (١٠) الشفعة ؛ ولا

---

(١) لم تثبت في النسخ جميعها (الوجه الثاني) ، وهو على ما ذكره الرافعي : أنّ الشفعة " تبطل ، لأنه إنما يستحق الشفعة بجميع نصيبه ، فاذا باع بعضه بطل بقدره ، وإذا بطل البعض ، بطل الكل ، كما لو عفا عن بعض الشقص المشفوع . وهذا أظهر " . (فتح العزيز ١١ /٤٩٧) . وانظر أيضًا : الروضة ٥ /١١١ ، ومغني المحتاج ٢ /٣٠٩ ، ونهاية المحتاج ٥ /٢١٨) .

(٢) قال الغزالي : فيه " قولان " . (انظر : الوجيز مع شرحه فتح العزيز ١١ /٤٩٦) .

(٣) تقدمت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٥١) .

(٤) ب : (لارتفاع) ، ج : (لأنه قد باع) .

(٥) هو من شيوخ الماوردي . تقدمت ترجمته في قسم الدراسة تحت عنوان " شيوخه " . ص ٤٦ .

(٦) ذكر الشيرازي الوجهين ، وسكت عنهما . (المهذب ١٤ /٣٢٥) .

(٧) قال الرافعي عن الوجه الأول : إنّه أشبه ، وقال النووي : إنه أصح لزوال الضرر . (انظر : فتح العزيز ١١ /٤٩٧ ، والروضة ٥ /١١١ ، والمنهاج ٢ /٣٠٨ـ٣٠٩) .

(٨) أ ، ج : (بالمبيع) ؛ ب : (بالبيع) .

(٩) أ : (عفى) ، ب ، ج : (عفا) .

(١٠) ساقطة من ج .

لإعوازها
ولا يؤثر فيها ما تقدّم من العفو، لأنه / قد يَعْفُوعن الدراهم (٣٠٧/ج-أ) معه، ويقدر على الدنانير (١).

وهكذا: لو قيل له: إنّ الثمن مائة دينار، فعفا (٢) عن الشفعة، ثم بان أنه ألف درهم، كان على شفعته (٣).

وقال أبو يوسف: إنْ كانت (٤) قيمة الألف مائة دينار فصاعدًا فلا شفعة له، وإنْ كانت (٥ قيمة الألف٥) أقلّ مِن مائة دينار فله الشفعة (٦).

وهذا خطأ، لاختلاف الأغراض باختلاف الجنسين. ولكن لو قيل له: إنّ الثمن ألف درهم فعفا، ثم بان / أنّ الثمن أقل من ألف كان على شفعته. (١٣٢/أ-ب)

و (٧) قال ابن أبي لَيْلى: لا شفعة له (٨).

وهذا

---

(٢) انظر: المهذب ١٤/٣٢٤-٣٢٥، وفتح العزيز ١١/٤٩٥، والروضة ٥/١٠٩.

(٢) أ، ج: (فعفى)؛ ب: (فعفا).

(٣) انظر: المهذب نفسه، وفتح العزيز نفسه، والروضة ٥/١٠٩-١١٠. وإليه ذهب زُفَر من الحنفية. وجهته في ذلك: أنّ الدراهم والدنانير جنسان مختلفان. ولهذا حل التفاضل بينهما. (انظر: المبسوط ١٤/١٠٦، والبدائع ٦/٢٧١٦، وحاشية ابن عابدين ٦/٢٤٢).

(٤) (كان): هكذا في أ، ب؛ ساقطة من ج.

(٥) ب: قيمتها.

(٦) وهو أيضًا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال الكاساني في وجهتهم: "إنّ الدراهم والدنانير في حق الثمنية كجنس واحد، لأنهما أثمان الأشياء وقيمتها تقوم الأشياء بها تقويمًا واحدًا أعني أنها تُقوّم بهذا مرة، وبذلك أخرى؛ وإنّما يختلفان في القدر لا غيرُ، فوجب اعتبار قدر قيمتهما في الكثرة والقلة". (البدائع ٦/٢٧١٦). وانظر أيضًا: المبسوط ١٤/١٠٥-١٠٦، والهداية ٩/٤١٨.

(٧) ساقطة من ب.

(٨) أي لا شفعة له سواء كانت قيمة الألف مائة دينار فصاعدًا أو أقل من مائة دينار، لأنه أسقط حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشترى، فلا يكون له أن يأتي ذلك بعد الرضا به. (انظر: المبسوط ١٤/١٠٥، والمغني ٥/٢٤٣/٣٩٦٨).

وابن أبي ليلى: هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي لَيْلَى، يسار الأنصارى، الكوفي، أبو عبد الرحمن، فقيه فرضي، من أصحاب الرأى، أفتى بالرأى قبل أبي حنيفة رحمهما الله. من آثاره: الفرائض. توفي سنة (١٤٨ هـ). (انظر ترجمته: في: ميزان الاعتدال ٤/٥٩٦/١٠٨٣٤، والوافي بالوفيات ٣/٢٢١-٢٢٣/١٢١٥- وفيه وفاته: ١٤٩ هـ-، وتهذيب التهذيب ٩/٣٠١-٣٠٣/٥٠١، والأعلام ٧/٦٠-٦١، ومعجم المؤلفين ١٠/١٥٠).

وهذا خطأ • لأنه عفا عنها لاعتقاد الغلاء ، فكان له أن يأخذها عند ظهور الرخص • ولكن لو بان أنّ الثمنَ أكثر من ألف ، فلا شفعةَ له ، لأنّ مَن كرهها بالألف كان بأكثر منها أكره (١) •

ى/٤ (فصــــل)

و لو قيل له (٢) : إنّ المبيعَ سَهْمٌ مِن عشـرة أَسْهُمٍ ، فعفا عن الشـفعة ، ثم بان أنّ (٣) المبيعَ خمسـة أسـهم من عشـرة ، كان على شـفعته ، لأنـه قد يقل انتفاعـه (٤) بالسـهم فيعفـو ويكثر انتفاعـه بالخمسـة فيأخذه (٥) •

و لو قيل له : إنّ المبيعَ خمسـة أسـهم من عشـرة ، فعفا (٦) ، ثم بان أنه سـهم من عشـرة ، فهذا (٧) علـى ضـربيـن :

أحدهما : أَنّ يكون ثمنهما (٨) واحداً فلا شفعة له ، لأن من كره أخذ خمسـة أسـهم بمائة درهم (٩) كان لأخذ سـهمٍ واحدٍ بالمائة (١٠) أكره •

و الضربَ

---

(١) انظر : المهذب ١٤/٣٢٤-٣٢٥ •

قال ابن قدامة في " المغني " (٥/٢٤٣/٣٩٦٨) : " إذا أظهر المشـتري أَنّ الثمن أكثر مما وقع العقد به ، فترك الشفيع الشفعة لم تسـقط الشفعة بذلك • و بهذا قال الشافعي وأصحاب الرأى ، ومالك ، إلاّ أنه قال : بعد أن يحلف : ما سـلّمت الشفعة إلاّ لما كان الثمن الكثير " •

انظر : المبسوط ١٤/١٠٥ ، والبدائع ٦/٢٧١٦ ، والهداية ٩/٤١٨ ، والخرشي ٦/١٧٢-١٧٣ ، والشرح الصغير ٤/١١٥) •

(٢) ساقطة من ج •

(٣) (أن) : من ب ، ج ؛ ساقطة من أ •

(٤) ج : امضاعـه •

(٥) ب ، ج : فيأخذ •

انظر : فتح العزيز ١١/٤٩٥ ، والروضة ٥/١٠٩-١١٠ •

(٦) ب : ثم عفا •

(٧) ج : فهو •

(٨) ب : ثمنها •

(٩) ساقطة من ب •

(١٠) ج : بمائـة •

والضرب الثاني : أَنْ يكون ثمنهما مختلفًا على قدر السِّهام، فهو على شفعته، لأنه قد يَعْفُو عن الخمسة الأسهم(١) لعجزه عن ثمنها ويريد السهم الواحد لقدرته على ثمنه •

ولو قيل له : إنّ المشتري زَيْدٌ (٢) فعفا عنه(٣)، ثم بان(٤) أنه عمرو(٥)، ففيه وجهان :

أحدهما : أنّه(٦) لا شفعة له، لأنّ معرفة المشتري ليست شرطًا في المطالبة والعفو • وهذا قول مَن جَعَلَ علة الشفعة (٧) الخوفَ (٨) مِن مؤنة القسمة •

والوجه الثاني : أنّهُ على شفعته، لأنه قد يكون زيد أحسن مشاركة مِن عمرو(٩) • وهذا قول مَن جَعَلَ علة الشفعة / الخوفَ (١٣٣/أ-أ) مِن سوءُ المشاركة (١٠) •

فصل

---

(١) ب : أسهم •
(٢) ب : زيدا •
(٣) ساقطة من ج •
(٤) جاء بعده في ج : (له) •
(٥) ب : عمر •
(٦) ساقطة من ب •
(٧) ب : القسمة •
(٨) ج : والخوف •
(٩) ب : عمر •
(١٠) جاء بعدها في ج : والله أعلم •

اختار الرافعي في "فتح العزيز" (٤٩٥/١١) هذا الوجه، وتابعه النووى في "الروضة" (١٠٩/٥-١١٠) •

ك/٤ (فصل)

فلو (١) كان مشتري / الشقص وكيلاً ، فعفا (٢) الشفيعُ عن الشفعة على الإطلاق ، أو عفا عن الموكل دون الوكيل بطلت شفعته (٣) . و لو عفا عن الوكيل دون الموكل ، ففي بطلان شفعته وجهان :

أحدهما : قد بطلت ، لأنّ الوكيل خَصْمٌ فيها .

والثاني : أنها لا تبطل (٤) ، لأنها مستحقة / على غيره . (٣٠٧/جـ ب)

و الله أعلم (٥) .

مسألة

(١) ج : و لو .

(٢) ج : فعفى .

(٣) جاء بعدها في ب : (على الاطلاق) .

(٤) ج : لا مطل .

(٥) (والله أعلم) : لم يثبت في ب ، وفي ج :(والله أعلم بالصواب) .

٥ ـ مسألة

قال الشافعي (١) : وإن (٢) اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري[٣] مع يمينه (٤) ٠

وهذا كما قال : إذا اختلف الشفيع والمشتري ٣) في قدر الثمن : فادّعى المشتري أَنّ الثمنَ ألف، وقال الشفيع : خمسمائة ؛ ولا بينة لواحد منهما ، فالقول قول المشتري مع يمينه لأمرين :

أحدهما : أنه مباشر للعقد ، فكان أعلم به (٥) من غيره ٠

والثاني : أنه مالك للشقص ، فلم ينتزع منه إلّا بقوله ٠

فان حلف المشتري على ما ادّعاه (٦) من الثمن أخذه الشفيع به إنْ شاء، وإنْ نَكَلَ المشتري ردت اليمين على الشفيع ،فان حلف أخذه بما قال (٧) ٠

فان قيل : فهلا تحالفا عليه كما يتحالف (٨) المتبايعان (٩) ؟

قيل : لأن كل واحد (١٠ من المتبايعين ١٠) مدع (١١) ومُدّعى (١٢) عليه ، فتحالفا لاستوائهما ٠ و (١٣) في الشفعة (١٤) ، فالشفيع (١٥) وحده

---

(١) جاء بعده في ب :(رضى الله عنه)، وفي ج :(رحمه الله عليه) ٠
(٢) ب ، المختصر : فان ٠
(٣) ما بين القوسين ساقط من ج ٠
(٤) انظر : المختصر ١٢٠/٨ ٠
(٥) ساقطة من ب ٠
(٦) أ : (ادعا) ، ب : (ادعاه) ، ج : (ادعى) ٠
(٧) انظر : مغني المحتاج ٣٠٤/٢ ٠
(٨) ج : يتحالفا ٠
(٩) ج : المتبايعين ٠
(١٠) ج : منهما ٠
(١١) ب : مدعى ٠
(١٢) أ : مدعا ٠
(١٣) ساقطة من ج ٠
(١٤) أ : (الشقص) ؛ ب ، ج : (الشفعة) ٠
(١٥) ج : والشفيع ٠

وحده منفرد (١) بالدعوى ، أنه مالك للشقص بما ادّعى (٢) ، فكان القول قول المشتري لتفرده / بالانكار .   (١٣٢/أ ـ ب)

فلو أقام أحدهما بينة بما ذكره من الثمن حكم بها (٣) . والبينة شاهدان ، أو شاهد وامرأتان ، أو شاهد ويمين . فان أقامها المشتري استفاد بها سقوطَ اليمين . فلو (٤) شهد له البائع (٥) بما ادّعاه (٦) من الثمن ردّت شهادته ، لأنه شاهد بالزيادة لنفسه (٧) .

و لو أقام الشفيع البينة استفاد بها الحكم لقوله : فان شهد له البائع بما ادّعى (٨) من الثمن ردّت شهادته ، لأنه متهوم في شهادته (٩) بنقص الثمن عند (١٠) الرجوع عليه بالدرك (١١) مع أنّه عاقد

---

(١) ج : منفردا .

(٢) أ : (ادعا) ؛ ب ، ج : (ادعى) .

(٣) انظر : فتح العزيز ١١/٤٧٠ ، والروضة ٥/٩٧ ، ومغني المحتاج ٢/٣٠٤ .

(٤) ج : فان .

(٥) (البائع) : مكرر في ج .

(٦) أ : (ادعا) ، ب : (ادعى) ، ج : (ادعاه) .

(٧) ذكر فيه الرافعي والنووي وجهين : أحدهما : ما قاله المصنف . وقال عنه النووي : إنّه الصحيح . والثاني : أن شهادته تقبل ، لأنه لا يَجُرّ إلى نفسه نفعًا بشهادته ، والثمن ثابت له باقرار المشتري .
انظر : فتح العزيز ١١/٤٧٠ ، والروضة ٥/٩٧ .

(٨) أ : (ادعا) ؛ ب ، ج : (ادعى) .

(٩) جاء بعدها في ب : (و) .

(١٠) ج : مَن .

(١١) قوله (الدَّرَك) : اللَّحَق والوصول إلى الشئ من التَّبِعَة ، ومنه ضمان الدرك في عُهْدة المبيع . يقال : ما لحقك مِن دَرَك فعليّ خلاصه . (اللسان ١٠/٤١٩ مادة " درك ") .
و هو كما جاء تعريفه في "كتاب التعريفات" (ص ١٠٣) للجرجاني : " أن يأخذ المشتري من البائع رهنا بالثمن الذى أعطاه خوفا من استحقاق المبيع " .
و قال ابن عابدين : الدرك : الثمن عند الاستحقاق ، فلا شفعة لضامنه في عقار البائع ، لأنه كالبائع ، لأنّ ضمان الدرك تقرير للبيع .
(حاشية ابن عابدين ٦/٢٣٩ ، و ر : في تعريف العهدة ، و ضمان الدرك : ص ٦٠٨ / ٢٤ ـ مسألة من هذه الرسالة) .

عاقد (١) في الحالين، فلم تقبل شهادته فيما (٢) تولّى عقده (٣) .

فلو أقام كل واحد منهما بينة (٤) على ما ادّعى (٥) من الثمن: فعند أبي حنيفة (٦) ومحمد بن الحسن (٧): أن بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها (٨) .
وعند أبي يوسف (٩): أن بينة المشتري أولى، لأن فيها زيادة علم

و يخرج

---

(١) ج : قادر .
(٢) (فيما): مكررة في ج ، وفي ب : (مما) .
(٣) قد ذكر الرافعي والنووي في شهادة البائع للشفيع ثلاثة أوجه :
أحدها: ما ذكره المصنف . وقالا: وبه قطع العراقيون . والثاني: قبلت شهادته، لأنه ينقض حقه، وصححه البغوي . والثالث: إنْ شهد قبل قبضه الثمن قبلت شهادته، لأنه ينقض حقه، إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به؛ وإنْ شهد بعده، فلا، لأنه يَجُرّ إلى نفسه نفعًا، فانه إذا قلّ الثمن، قلّ ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق . (انظر: فتح العزيز ١١/٤٧١، والروضة ٥/٩٧) .
(٤) جاء بعدها في ب : (به) .
(٥) أ : (ادعا)؛ ب، ج : (ادعى) .
(٦، ٧، ٩) قال فقهاء الحنفية في وجهة نظر أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: إنّ بينة الشفيع مُلْزِمة للمشتري، وبينة المشتري غير ملزمة للشفيع، والبينات للإلزام، فالأخذ ببينة الشفيع أولى . وقالوا في وجهة أبي يوسف رحمه الله: إنّ بينة المشتري أكثر إثباتًا . وذكر صاحب اللباب أنّ دليلهما "رُجّح في الشروح، واعتمده المحبوبي، والنسفي، وأبو الفضل الموصلي، وصدر الشريعة" . (٢/١١٥) .

(انظر تفصيل الكلام على ذلك في: المبسوط ١٤/٩٩-١٠٠، والبدائع ٦/٢٧٤٣-٢٧٤٤، والهداية ٩/٣٩١، والاختيار ٢/٤٦، وتبيين الحقائق ٥/٢٤٧، ومجمع الأنهر ٢/٤٧٦-٤٧٧، والفتاوى الهندية ٥/١٨٥) .

وإلى قول أبي حنيفة ومحمد ذهب أشهب من أصحاب مالك، وبه قال بعض الحنابلة، واختاره البهوتي . (انظر: بداية المجتهد ٢/١٩٩، والمغني ٥/٢٦٤-٤٠٠٤، والإنصاف ٦/٣٠٣-٣٠٤، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٤٧، وكشاف القناع ٤/١٦١) .

وإلى قول أبي يوسف ذهب سُحْنون من المالكية (المدونة ٥/٤٠٤)، وهو قول الشيخ أبي حامد من الشافعية (فتح العزيز ١١/٤٧١)، وهو أحد الوجهين عند الشافعية على ما ذكره النووي (الروضة ٥/٩٧) .

(٨) ب : عليه .

ويُخَرَّج في مذهب الشافعي (١) على قولين من تعارض البينتين :

أحدهما : إسقاطهما بالتعارض ، ويكون القولَ قولُ المشتري مع يمينه .

والثاني : الإقراع بينهما : فمن قرعت (٢) بينته (٣) كان أولى (*) .

وهل يحلف معها أم لا ؟ على قولين من اختلاف قوليه في القرعة : هل جاءت (٤ مرجحة للدعوى ٤) أو للبينة ؟

أ/٥ (فصل)

فعلى هذا : لو أخذه الشفيع بالألف عند يمين المشتري ، ثم قامت البينة أنّ الثمنَ خمسمائة رجع الشفيعُ / على المشتري بخمسمائة ولا خيار (٣٠٨/ج-أ) للشفيع ، لأنه / لمّا رضى الشِّقْص (٥) بالألف كان له بخمسمائة (٦) (١٢٤/أ-أ) أرضى . ولو أخذه الشفيع بخمسمائة بيمينه بعد نُكُولِ المشتري ، ثم قامت البينة أنّ الثمنَ ألف كان الشفيع مُخَيّرًا بين أن يأخذه بالألف أو يردّه .

ولو

(١) جاء بعده في ب : رضى الله عنه .
(٢) ب : خرجت .
(٣) أ : بينة .
(*) ج : ولى .
انظر : فتح العزيز ١١/ ٤٧١ ، والروضة ٥/ ٩٧ ، .
وبه قال ابن القاسم من المالكية . (انظر : بداية المجتهد ٢/ ١٩٩) .
(٤) ب : من حجة الدعوى .

(٥) ج : البيع .
(٦) ب : بالخمسمائة .

و لو ادّعى المشتري أنّ الثمنَ عبدٌ قيمتُه ألفٌ، فأخذه (١) الشفيعُ بها ، ثم بان أنّ الثمنَ ثوبٌ : فان كانت قيمته ألفًا لم يتراجعا بشيءٍ ، لأن المستحق فيه القيمة ، وهما سواء • وإنْ كانت قيمة الثوب أكثر لم يرجع المشتري بالزيادة ، لأنه مقرّ (٢) باستيفاء حقه • وإنْ (٣) كانت قيمة الثوب أقلّ رجع الشفيع بنقصها على المشتري و لاخيار له (٤) • والله أعلم •

ب/٥ (فصل)

فلو قال المشتري : إنّ الثمن ألف• وقال الشفيعُ : لستُ (٥) أعلم قدرَ الثمن مع علمي بنقصه عن الألف ، فله إحلاف المشتري • فان ردّ اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن.ولو لم يعلم الشفيع : هل الثمن ألف ، أو أقلّ؟ فهل يستحق إحلاف المشتري أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قوله ، لأنّ اليمين لا يجب بالشك •

والوجه الثاني : يستحق إحلافه ما لم يعلم صدقه ، لأنّ المال (٦) لا يملك بمجرد القول (٧) •

ج /٥ (فصل)

و لو قال المشتري : لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث • قيل للشفيع: أتعلم قدره أم لا ؟ فان (٨) قال : لا أعلم قدره ، فلا شفعة ؛ وله إحلاف المشتري أنه لا يعلم قدر الثمن ، وإنما بطلت / الشفعة ، لأنها تستحق بالثمن (٣٤/أ-ب)

فكان

---

(١) ب : فأخذ •
(٢) ج : يقر •
(٣) ج : لو •
(٤) ساقطة من ب •
(٥) ب : كنت •
(٦) ج : المالك •
(٧) ذكر الشيرازى الوجهين بلا ترجيح • (انظر : المهذب ١٤ /٣٤٨) •
(٨) ساقطة من ج •

فكان(١) جهلهما به(١) مانعًا من استحقاقها بمجهول(٢) ٠

فان(٣) قال الشفيع : أنا (٤) أعلم قدر الثمن ، وهو خمسمائة درهم٠ وقال المشتري : قد نسيتُ قدرَ الثمن٠ قيل للمشتري : أفتصدق الشفيعَ على ما ذكر مِن الثمن؟ فان قال : نعم، أخذ الشفيع الشقص بخمسمائة من غير يمين ٠ وإنّ أكذبه(٥) ، قال الشافعي (٦) : حلف(٧) المشتري بالله ما يعلم قدر الثمن / ولا شفعة(٨) ٠ (٨٠/ب ـ ب)

واختلف(٩) أصحابنا في ذلك:

فكان أبو حامد المَرْوَرُّوذِيّ والإسفرايني يجعلان هذا القول مذهبًا له(١٠) في هذه المسألة، و يبطلان بيمين المشتري الشفعةَ تعليلاً بأنّ الثمنَ موقوف(١١) على عاقده٠ وقد جهل الثمن بنسيانه(١٢) ، فبطلت الشفعة به(١٣) ٠

وكان أبو العباس بن سريج(١٤) وأبو علي بن أبي هريرة(١٥) يجعلان هذا الجواب مصروفًا إلى المسألة الأولى عند نسيان المشتري وجهل الشفيع ويقولان : إنّ نسيان المشتري / مع علم الشفيع يوجب (٣٠٨/ج ـ ب)

احلاف ـــــــــــــــــ

(١) ب : جهلها بها ٠
(٢) ب : لمجهول ٠

انظر: الروضة ٥/٩٢، ومغني المحتاج ٢/٣٠٣، ونهاية المحتاج ٥/٢٠٧ ٠

(٣) ب : و ان ٠
(٤) ساقطة من ب ٠
(٥) جاء بعدها في ب : (الشفيع) ٠
(٦) جاء بعده في ب : رضى الله عنه ٠
(٧) ج : يحلف ٠
(٨) انظر : المهذب ١٤ / ٣٤٧، وفتح العزيز ١١ /٤٦٠، والروضة ٥ /٩٢ ٠
(٩) ب : فاختلف ٠ (١٠) ساقطة من ج ٠
(١١) ب : موقوفا ٠ (١٢) ب : بيانه ٠
(١٣) انظر: فتح العزيز ١١ /٤٦٠، و الروضة ٥ /٩٢ ٠
(١٤) انظر: المهذب ١٤ /٣٤٨، وفتح العزيز نفسه، والروضة ٥/٩٢ ٠
(١٥) انظر: فتح العزيز نفسه ٠

إحلاف الشفيع دون المشتري ويحكم له بالشفعة. وهذا هو الصحيح (١)، لأن نسيان المشتري كالنكول، فوجب ردّ اليمين على الشفيع (٢).

قال الشافعي (٣): وسواء (٤) في ذلك قديم (٥) الشراء (٦) وحديثه.

وهذا إنّما أراد به مالكًا. فانه قال: إنّ (٧) ادّعى (٨) المشتري نسيان الثمن، والشراء (٩) حديث (١٠) لحلف الشفيع وحكم له بالشفعة. وإنّ كان الشراء (١١) قديمًا حلف المشتري وبطلت الشفعة (١٢).

وهذا قول / مدخول (١٣) وفرق معلول.

فصل

---

(١) قال الرافعي عما ذكره المصنف: وهو الاختيار. (فتح العزيز ١١/ ٤٦٠). وقال الشيرازي: والمذهب الأول: أي قول أبي حامد المَرْوَرُّوذِيّ والإسفرايني. (المهذب ١٤/ ٣٤٧ـ٣٤٨). وقال النووي عن الأول: إنه الأصح والمنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب. (الروضة ٥/ ٩٢).

(٢) انظر ـ من أول الفصل إلى هنا ـ في (المهذب ١٤/ ٣٤٧ـ٣٤٨، وفتح العزيز ١١/ ٤٥٩ـ٤٦٠، والروضة ٥/ ٩٢، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/ ٣٠٢ـ٣٠٣، ونهاية المحتاج ٥/ ٢٠٧ـ٢٠٨).

(٣) جاء بعده في ب: رضي الله عنه.

(٤) ج: وسوى.

(٥) ب: القديم.

(٦) ج: الشرى.

(٧) ب: اذا.

(٨) أ: (ادعا)؛ ب، ج: (ادعى).

(٩) ج: الشرى.

(١٠) أ: (حديثا)، ب: (حديث).

(١١) ب، ج: (الشرى).

(١٢) لم أقف على ما نسبه المؤلف إلى مالكٍ فيما اطلعتُ عليه من كتب المالكية.

(١٣) قوله (مدخول) من ب؛ وفي أ، ج: (مرذول).

د /٥ (فصـــل)

فأما إن اختلف البائع والمشتري في الثمن (١) : فقال البائع : بِعْتُهُ(٢) بألف ، و قال المشتري : اشتريتُه (٣) بخمسمائة : فانهما يتحالفان ؛ فاذا حلفا ، ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان ، ذكرناهما في البيوع (*) :

أحدهما : أنه قد بطل . فعلى هذا : يعود الشقص (٤) إلى البائع ولا شفعة فيه .

والوجه الثاني : أن البيع لا يبطل إلاّ بالفسخ (٥) . فعلى هذا : لا يخلو حال الثمن من أحد أمرين : إما أن يكون معينًا (٦) ، أو غير معين .

فان كان الثمن معينًا كقول البائع : بِعْتُكَ شقصي (٧) بهذا العبد ، فيقول المشتري : اشتريته بهذا الثوب ؛ فاذا تحالفا ، وامتنع المشتري أن يأخذه بالعبد الذى ادّعاه البائع ثمنًا لم يعرض على الشفيع ، لأن (٨) عين ذلك العبد لا يحصل للبائع من جهة الشفيع ، وفسخ الحاكم البيع (٩) بينهما وأبطل الشفعة فيه (١٠) .

وإنْ كان الثمن غير معين ، كقول البائع : بعتُك الشقص بألف ، فيقول المشتري : اشتريتُه (١١) بخمسمائة ؛ عرض الشقص على المشتري والشفيع بالألف ليأخذاه بها (١٢) أو يردّاه . لأنه قد (١٣) يحصل

للبائع

---

(١) (في الثمن) : ساقطة من ج .

انظر : فتح العزيز ١١ /٤٧١ـ٤٧٢ ، والروضة ٥ /٩٧ـ٩٨ ، و ر : ص ٣٧٦ / ٣٢ ـ مسألة) .

(٢) جاء بعدها في ب : (لي) ، (٣) ب : (اشتريت) ، ساقطة من ج .

(*) قال المؤلف في كتاب البيوع عن الوجه الثاني : وهو ظاهر نصه (يعني ظاهر نص الشافعي) (كتاب البيوع من الحاوى بتحقيق محمد مفضل مصلح الدين ٢ /١٠٤١ ، نسخة " أ " رقم اللوحة (١٤٣ /أ) ، مكتبة أحمد الثالث بتركيا رقم عام (٧٦٩) رقم خاص (٩٩) فقه .

(٤) ج : بالشقص .

(٥) انظر : فتح العزيز ١١ /٤٧١ـ٤٧٢ ، والروضة ٥ /٩٧ .

(٦) ب : عينا .

(٧) جاء بعدها في ج : (هذا) .

(٨) ج : لأنه .

(٩) ساقطة من ج .

(١٠) ساقطة من ج .

(١١) أ ، ج : (اشتريت) ، ب : (اشتريته) .

(١٢) ساقطة من ب .

(١٣) ساقطة من ج .

للبائع ما ادّعاه من القدر من الشفيع والمشتري، فلذلك عرض عليهما . وإذا كان كذلك / فللمشتري والشفيع أربعة أحوال : (٨١/ب ـ أ)

أحدها : أَنْ يرضيا جميعًا به، فيلزم المشتري الألف وللشفيع أن يأخذ منه الشقص (١) بالألف .

والحال الثانية : أَنّ يردّاه / جميعًا بالألف، فيفسخ (٢) (١٣٥/أ ـ ب) البيع وتبطل الشفعة .

والحال الثالثة : أَنّ يرضاه المشتري بالألف، ويردّه الشفيع بها، فيلزم (٣) البيع (٤) للمشتري بالألف، وتبطل شفعة الشفيع .

والحال الرابعة (٥) : أَنّ يرضى به الشفيع بالألف ويردّه المشتري، فيكون ردّ المشتري (٦) باطلًا، لِما فيه مِن إسقاط حق الشفيع؛ ويصير البيع لازمًا للمشتري ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة و يأخذ الشقص / (٣٠٩/ج ـ أ) منه (٧) بالألف .

فلو ردّه الشفيع بعيب ردّه على المشتري ورجع عليه بالثمن، لأن عهدته عليه (٨)، وللمشتري حينئذٍ أن يفسخ البيع فيه (٩) .

مسألة

---

(١) ب : الشقص منه .
(٢) ب : فسخ .
(٣) ب : فلزم .
(٤) ج : البائع .
(٥) ج : الرابع .
(٦) جاء بعده في ج : (له) .
(٧) أ : (فيه)؛ ب، ج : (منه) .

(٨) عهدة الشفيع على المشترى . (ر : ص ٦٠٨/٢٤ ـ مسألة) .
(٩) جاء بعدها في ج : والله أعلم .

٦ ـ مسألة

قال الشافعي (١) : وإن اشتراها بسلعة ، فهي له بقيمة السلعة (٢) .

وجملة الأثمان ضربان : ضرب له مثل كالدراهم والدنانير والبر والشعير ، فالشفعة (٣) فيه واجبة بمثل الثمن جنسًا وصفةً وقدرًا (٤) .

فان بذل الشفيع قيمة الثمن وامتنع المشتري ، أو طلب المشتري قيمة الثمن وامتنع الشفيع : فالقولُ قولُ مَنْ امتنع من القيمة (٥)، و دعا إلى المثل ، إلا أن يتراضيا جميعًا بالقيمة ، ويعدلا (٦) عن المثل ،فيجوز .

والضرب الثاني : ما لا مثل له كعبدٍ أو ثوبٍ ، فالشفعة واجبة بقيمة الثمن (٧) .

وقال الحسن البصري : إذا لم يكن للثمن مثل ، فلا شفعة فيه (٨) .

وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة فيما لم يقسم " .

ولأن / وضع الشفعة لرفع الضرر يوجب أخذها بكل ثمن ، وفي (١٣٦ /أ ـ أ) إبطالها بما لا مثل له ذريعة إلى أن يقصد المتبايعان إبطالها بما لا مثل له.

فان (٩) اختلفا في قيمته (١٠) ، وهناك بينة عُمل عليها ،وإن عدما (١١) البينة ، كان القولُ قولَ المشتري مع يمينه (١٢) لما ذكرناه (١٣) .

مسألة

(١) جاء بعده في ب : (رضى الله عنه) ، وفي ج : (رحمه الله عليه) .
(٢) انظر : المختصر ٨/ ١٢٠ .
(٣) ب ، ج :(فالشفعة) ؛ أ : (والشفعة) .
(٤) انظر : فتح العزيز ١١ /٤٤٨ ،والروضة ٥/ ٨٦ .
(٥) ج : الشفعة .
(٦) ب ، ج : يعدلان .
(٧) انظر : فتح العزيز نفسه ، والروضة ٥/ ٨٧ .
(٨) انظر : المغني ٥/ ٢٥٩/ ٣٩٩٦ . (٩) ج : ان .
(١٠) أ : (قيمتها) ؛ ب ، ج : (قيمته) . ← الضمير يرجع إلى المختلفين .
(١١) أ ، ب : (عدما) ، ج : (عدم) .
(١٢) (مع يمينه) : ساقطة من ج . (انظر : المهذب ١٤/ ٢٤٨) .
(١٣) أ ، ج : (ذكرنا) ، ب : (ذكرناه) . جاء بعده في ج : (والله أعلم) .
قوله (لما ذكرناه) : ر : ص ٤٩٠/ ٥ ـ مسألة .

٧ ـ مسألة

قال الشافعي رضى الله عنه (١): فان تزوجها (٢) على شقصٍ (٣)، فهو (٤) للشفيع بقيمة المهر (٥) (٦).

وهذا كما (٧) قال: إذا تزوجها على شقصٍ أَصْدَقَهَا وجب (*) فيه الشفعة. وهكذا لو خالعها عليه (٨).

وقال (٩) أبو حنيفة: لا شفعة فيه (١٠). استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه مملوك بغير مالٍ، فلم تجب / فيه (١١) الشفعة (٨١/ب ـ ب) كالهبة والميراث.

والثاني: أن (١٢) البُضْعَ لا يُقَوَّمُ إلاّ في عقدٍ أو شبهةِ عقدٍ، وليس بين الشفيعِ وبينها (١٣) ما يوجب تقويم بضعها (١٤).

ودليلنا

---

(١) (رضى الله عنه): من ب، وفي ج: (رحمه الله عليه).
(٢) المختصر: وان تزوج بها.
(٣) (على شقص): ساقطة من المختصر.
(٤) ب، المختصر: فهي.
(٥) أ، ج: (بقيمته)، ب، المختصر: (بقيمة المهر)، وفي "اختلاف الحديث بذيل الأم" (٤/٧ و ٧/١٠٩): (بقيمة مهر مثلها)، وفي "الاقناع" للماوردى (ص ١١٧): (بمهر المثل).
(٦) انظر: المختصر ٨/١٢٠.
(٧) ج: كمال. (*) ب: وجبت.
(٨) انظر: الأم ٤/٣، واختلاف الحديث بهامش الأم ٤/٧، والمهذب ١٤/٣١٨، وفتح العزيز ١١/٤٤٩، والروضة ٥/٨٧.
وذهب المالكية إلى قول الشافعي، لأنهم يرون أَنَّ كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع. (انظر: المدونة ٥/٤١١، وبداية المجتهد ٢/١٦٥، والخرشي ٦/١٦٥، ور: ص / أ/٧/ (فصل)).
(٩) قوله (وقال): مكرر في ج.
(١٠) وبه قال الحنابلة. (انظر: الإنصاف ٦/٢٥٢، وكشاف القناع ٤/١٣٤، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٣٣).
(١١) ساقطة من ج. (١٢) ساقطة من ج. (١٣) ج: بينهما.
(١٤) انظر: المبسوط ١٤/١٤٤ـ١٤٥، والبدائع ٦/٢٦٩٩، والهداية ٩/٤٠٥ـ٤٠٦، والاختيار ٢/٤٢، وتبيين الحقائق ٥/٢٥٣، ومجمع الأنهر ٢/٤٨١.

ودليلنا : عموم قوله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة فيما لم يقسم " .

ولأنه عقد معاوضة ، فجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع ، ولأنه عقد يجرى فيه الردّ بالعيب ، فوجب أن تثبت (١ فيه الشفعة (٢) كالبيع، ولأنه معنىً وُضِعَ لرفع الضرر عن الملك ، فوجب أن تثبت ١) في الصداق كالرد بالعيب، ولأنه معنىً يوجب زوال اليد المستحدثة عن المشتري ، فوجب أن يستحق زوال اليد عن الصداق كالاستحقاق ، ولأن كُلَّ عقدٍ (٣) استحق فيه إقباض الشقص معاوضة ، استحق / به إقباضَهُ شفعةً كالبيع، ولأنّ كُلّ قبضٍ وجب (١٣٦/أ ـ ب) فيه عقد البيع، وجب في عقد الصداق كالقبض / الأول . (٣٠٩/ج ـ ب)

وبيانه : أَنَّ في البيع قبضين : قبض المشتري من البائع، وقبض (٤) الشفيع من المشتري . ثم وجب في الصداق (٥ قبض الزوجة من الزوج ٥) ، فوجب قبض الشفيع من الزوجة .

وأما الجواب عن قوله : ـ " أنه مملوك بغير مال " ـ : فهو أَنَّ البُضْعَ في حكم الأموال لأمرين :

أحدهما : أنه يعاوض عليه بمال في الصداق والخُلْع ، وما لم يكن في حكم الأموال ، فلا يجوز أن يعاوض عليه بمال .

والثاني : أنه مُقَوَّم (٦) في اغتصابه بالمال (٧) ، وما لم يكن مالاً لم يُقَوَّم في استهلاكه بالمال . ثم المعنى في الهبة والميراث : أنه مملوك بغير بدل ، فلم تجب فيه الشفعة ، والصداقُ مملوك ببدل ، فوجبت فيه الشفعة .

وأما

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب .
(٢) ساقطة من ج .
(٣) (عقد) : من ب ؛ وفي أ ، ج : (عضو) .
(٤) ج : فقبض .
(٥) أ ، ج : (قبض الزوجية من الزوجة) ، ب : (قبض الزوجة من الزوجية) . لعلها : (قبض الزوجة من الزوج) كما صححتها .
(٦) (مقوم) : من ب ؛ وفي أ ، ج : (معتبر) .
(٧) ر : كتاب الغصب ، ص ١٦٢/٥ ـ مسألة من هذه الرسالة .

وأما (١) الجواب عن قوله : ــ " أن البُضْع لا يُقَوَّم ، إلّا في عقدٍ أو شبهة عقدٍ " ــ : فهو أنه غير مُسَلَّم ، لأن المغتصبة مُقَوَّمة البُضْع عندنا على غاصبها (٢) ؛ والمشهود بطلاقها مُقَوَّمة البُضْع على الشهود ــ إذا رَجَعُوا ــ للزوج دونها ؛ فصار بُضْعُها مُقَوَّمًا (٣) في غير عقدٍ وشبهته (٤) في حقها ، وفي (٥) حق غيرها ، فلم يمنع من (٦) تقويمه في شفعة صداقها (٧) .

أ/٧/ (فصــــل)

فاذا ثبت وجوب الشفعة في الصداق والخُلْع ، فمذهب الشافعي رضى الله عنه (٨) ، أنه (٩) مأخوذ بمهر المثل (١٠) .

وقال

---

(١) ب : فأما .

(٢) ر : كتاب الغصب ، ص ١٦٢/٥ ــ مسألة من هذه الرسالة .

(٣) ج : مقوم .

(٤) ب : شبهة .

(٥) ساقطة من ب .

(٦) ساقطة من ب .

(٧) جاء بعدها في ب : (والله أعلم) .

قال الشربيني : البضع متقوم ، وقيمته مهر المثل . (انظر : مغني المحتاج ٣٠٢/٢) .

(٨) (رضى الله عنه) : من ب .

(٩) ساقطة من ج .

(١٠) وكذلك قال المؤلف في كتابه " الإقناع " (ص ١١٧) . وقال الرافعي في " فتح العزيز " (٤٤٩/١١) : وهذا هو المشهور ، وقال النووي في " الروضة " (٨٧/٥) : هذا هو الصحيح المعروف .

قال الشربيني : " محل الأخذ بالشفعة في ذلك اذا كان الشقص معلوما ، فلو أمهرها شقصا غير معلوم كان لها مهر مثلها ولا شفعة ، لأنه مجهول ، نصّ عليه في الأم " . (مغني المحتاج ٣٠٢/٢) .

يرجع الى الأم ١٠٨/٧ــ١٠٩ .

و قال مالك (١) وابن أبي ليلى (٢) : يُؤْخَذُ بقيمته (٣)، / (١٣٧/أ ـ أ)
لا بمهر المثل . وحُكى نحوَهُ عن الشافعي رضى الله عنه (٤) في القديم (٥)،
لأنّ / المهور قد يزاد فيها و ينقص، فخالفت البيوع .

و هذا فاسد من وجهين :

أحدهما : وجود هذا المعنى في الأثمان لجواز الزيادة فيها والنقصان .
ثم (٦) لم يمتنع أن يؤخذ الشقص بمثل (٧) الثمن . كذلك لا يمتنع (٨ في
الصداق أن يؤخذ ٨) بقيمة البُضْع .

والثاني : أنّ ما لا مثل له (٩) من الأعواض يوجب الرجوع إلى قيمة المُعَوَّض (١٠)
دون الشقص كالعبد والثوب . كذلك البضع الذى لا مثل له : يوجب الرجوع إلى
قيمته من المهر دون الشقص .

ب/٧ (فصل)

فاذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل، فسواء كان(ت) (١١) قيمة الشقص (١٢)
بازاء مهر المثل، أو كان(ت) (١٣) زائدًا عليه، أو (١٤) ناقصًا عنه، حتى

لو

---

(١) انظر : المدونة ٤١١/٥، وكتاب الكافي ١٨١/٢ـ١٨٢، وبداية المجتهد ١٩٥/٢، وقوانين الأحكام الشرعية ص٣٠٢، و مختصر خليل ص٢٦٠، والخرشي ١٦٥/٦، وأسهل المدارك ٣٧/٣ .

(٢) انظر: الأم ١٠٨/٧، و اختلاف الحديث بهامش الأم ٦/٤، والمحلى ١٥٩٥/٨٨/٩ .

(٣) قوله (بقيمته) : أى بقيمة الشقص . (الروضة ٨٧/٥) .

(٤) (رضى الله عنه) : من ب .

(٥) وفي "التتمة" ـ على ما ذكره الرافعي والنووى ـ: "وجه: أنه يأخذه بقيمة الشقص" . (انظر : فتح العزيز ٤٤٩/١١، والروضة ٨٧/٥) .

(٦) جاء بعدها في ج : (لو) .

(٧) ج : بنصف .

(٨) ج : (أن يؤخذ في الصداق) .

(٩) ساقطة من ج .

(١٠) (المعوض) : من ج ؛ و في أ ، ب : (العوض) .

(١١) في جميع النسخ : (كان) .

(١٢) قوله (الشقص) : صحح في أ على الهامش .

(١٣) في جميع النسخ : (كان) .

(١٤) جاء بعدها في ج : (كان) .

لو (١) كان مهر المثل د ينارًا ، وقيمة الشقص مائة د ينار؛ ولو كان مهر المثل مائةَ د ينار، و قيمة الشقص (٢) د ينارًا ، أخذه (٣) بمائة د ينار .

فعلى هذا : لو اختلفا في مهر المثل، فترافعا (٤) فيه (٥) إلى الحاكم ليجتهد في مهر مثلها ويُسْقِطَ تنازعهما : فانّ تعذّر ذلك على الحاكم لموتها ، أو لتغير حالها ، أو لاختلاف ذلك في أهلها وعشائرها ؛ وأمكن ما قالاه (٦) ، فالقولُ قولُها مع يمينها كاختلافهما (٧) في الثمن (٨) .

ج /٧/ (فصل)

ثم يَتَفَرَّعُ على ما مَهَّدْنا (٩) مِن هذا الأصل ثلاثة فروع :

أحدها : أن يتزوجها على شقصٍ / مِن دارٍ ، و(١٠) يأخذ منها (٣١٠/ج ـ أ) دينارًا ، فيصير الشقص في مقابلة / بُضّعٍ و (١١) دينار ؛ فيكون (١٣٧/أ ـ ب) ما قابل الدينار بيعًا ، وما قابل البضع صداقًا : فَيُخَرَّج على قولين من اختلاف قوليه في العقد ، إذا جمع بيعًا وصداقًا :

أحدهما

---

(١) ساقطة من ج .
(٢) جاء بعده في ج : (مائة) .
(٣) أ ، : (أخذ) ؛ ب ، ج : (أخذه) .
(٤) ب : ترافعا .
(٥) ساقطة من ج .
(٦) أ ، ج : (ما قالا) ؛ ب : (ما قالاه) .
(٧) ب : (لاختلافهما) ، ج : (كاحلافهما) .
(٨) قوله (كاختلافهما في الثمن) : يعني ـ والله أعلم ـ إذا اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن : فالقول قول المشتري مع يمينه . (ر : ص ٤٩٠/٥ ـ مسألة) .

والصحيح المعروف باعتبار مهر مثلها يوم النكاح ويوم الخُلْع . وفيه وجه : أنه يأخذه بقيمة الشقص يوم القبض .

انظر : فتح العزيز ١١ /٤٤٩ ، والروضة ٥ /٨٧ ، ومغني المحتاج ٢ /٣٠٢) .

(٩) ج : عهدنا .
(١٠) أ : (أو) ؛ ب ، ج : (و) .
(١١) ساقطة من ج .

أحدهما : باطل فيهما ، ولا شفعة فيه ·

والثاني : جائز فيهما (١) · فعلى هذا: يأخذ الشقص بمهر المثل وبدينار، لأن الصداق من الشقص مأخوذ (٢ بمهر المثل (٣) ، والمبيع منه مأخوذ ٢) بالدينار الذى هو الثمن ·

فلو قال الشفيع : أنا آخذ المبيع من الشقص دون الصداق، كان له ذلك، لأن كل واحد منهما (٤) عقد يختص بحكم ، وإنّ جمعتهما صفقة ·

فعلى هذا ، ينظر قدرَ مهرِ المثل :

فاذا كان خمسة دنانير ضمّ إليها الدينار الثمن (*) ، وقسم الشقص على ستة أسهم، فيكون المبيع منه بالدينار السدس (٥) ، فيأخذ الشفيع سدس الشقص بدينار، وهو القدر المبيع منه · (٨٤/ب ـ ب)

ولو قال: آخذ الصداق / مِن الشقص دون المبيع أخذ خمسة أسداسه (٦) بمهر المثل، وهو خمسة دنانير ·

د /٧(فصل)

والفرع الثاني: أن يتزوجها على شقص مِن دار و دينار، فيصير الصداق شقصًا و دينارًا ، فيأخذه الشفيع بحصته بمهر (٧) المثل · وهو أن يُقَوَّمَ الشقص: فان كانت قيمته ثلاثة دنانير صار الصداق كله أربعة دنانير ، فيكون (٨) الشقص في مقابلة ثلاثة (٩) أرباع الصداق ، فيأخذه بثلاثة أرباع مهر المثل زائدًا كان أو ناقصًا ·

فصل

(١) والأظهر من القولين هو الثاني على ما ذكره النووى · (انظر: الروضة ٧/ ٢٦٧ ، كتاب النكاح ـ الصداق) ·

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج ·

(٣) ساقطة من ب ·

(٤) ساقطة من ج ·

(*) ب : دينار · (٥) ج : السادس ·

(٦) ج : اسداس، و جاء بعد (اسداس) : (ثم) ·

(٧) ب ، ج : من مهر ·

(٨) جاء بعدها في أ (الصداق)، وأشير إليه أنه مشطوب ·

(٩) ساقطة من ب ·

هـ/٧ (فصـــل)

و الفرع الثالث : مُـرَكَّـبٌ مِن الفرعـين الماضـيـين ، وهو / أن (١٣٨ /أ ـ أ) يتزوجها على شقص من دارٍ وعبدٍ على أن يأخذ منها ثوبًا ، فيكون ما قابل الثوب من الشقص والعبد بيعًا ، وما قابل البُضْع صداقًا : فيخرّج على ما ذكرنا مـن القـولـين (١) :

أحدهما : أنه باطل فيهما جميعًا ، و لا شفعة ، ويترادّان (٢) ، ولها (٣) مهر المثل .

والقول الثاني : أنه جائز فيهما جميعًا . فعلى هذا: تسـقط الشفعة في العبد ويسـتحق في الشقص بحصته من مهر المثل وقيمة الثوب . وهو (٤) أن ينظر قيمة الشقص : فاذا (٥) كانـت عـشـرة ، نظر قيمة العبد : فاذا كانت خمسـة ، علم أن الشقص في مقابلة ثلثي الصداق و (٦) ثلثـي الثوب ، فيأخذه الشفيع بثلثـي مهر المثل (٧ و بثلثـي قيمة الثوب .

فلو قال الشفيع : أريد أن آخذ منه المبيع دون الصداق ، نظر قدر ثلثـي مهر المثل ٧) : فاذا كان (٨) عشـرة ، نظر قيمة ثلثـي (٩) الثوب ، فاذا كانت (١٠) خمسـة ، علم أَنَّ المبيع من الشقص الثلث والصداق منه ثلثان ، فيأخذ ثلث الشقص بقيمة ثلثـي الثوب .

(١١ و لو أراد أخذ /(١١ الصداق أخذ ثلثـي الشقص بثلثـي مهر (٣١٠/ج ـ ب) المـثـل (١٢) .

مسـألة

---

(١) ر : ص ٥٠٤ ـ ٥٠٥ . (٢) (ويترادان) : غير مقروءة في ج .
(٣) ج : ولهما . (٤) ساقطة من ج .
(٥) ب : اذا . (٦) ساقطة من ج .
(٧) ما بين القوسين ساقط من ب .
(٨) ب : كانت . (٩) ج : الشئ .
(١٠) أ : (كان) ؛ ب ، ج : (كانت) .
(١١) ساقطة من ج .
(١٢) جاء بعدها في ج : (والله أعلم) .

٨ ـ مسألة

قال الشافعي رضي الله عنه(١) : فإن طلقها قبل الدخول رجع(٢) عليها بنصف قيمة الشقص(٣) .

وهذا كما قال(٤) : إذا طلقها الزوجُ وقد أَصْدَقَها شقصًا مِن دارٍ لَمْ يَخْلُ حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده : فإن كان بعد الدخول ، فلا رجوع له بشيءٍ منه . وإنّ كان قبل الدخول فقد استحق الرجوعَ (٥ بنصف الصداق ٥) (٦) ، لقوله تعالى : ((وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ)) (٧) .

ثم لا يَخْلُو حال الشفيع مِن ثلاثة أحوال : (٨٢/ب-أ)

أحدها : / أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة(٨) بشفعته ، فللزوج (٩) أن يرجع عليها(١٠) (١١ بنصف قيمة الشقص في أقلّ أحواله قيمة من حين أصدق إلى أن (١٢) أقبض ، ويكون استحقاقه بالشفعة لزوال ملكه(١٣) عنه ببيعٍ أو هبةٍ ١١) (١٤) .

والحال

---

(١) (رضي الله عنه) : من ب ، وفي ج : (رحمه الله عليه) .
(٢) ب : فانه يرجع .
(٣) انظر : المختصر ١٢٠/٨ .
(٤) ساقطة من ج .
(٥) ب : (بنصف ما أصدق) ، ج : (بنصف من الصداق) ، و كلمة : (بنصف) : صححت في ج على الهامش .
(٦) انظر : اختلاف الحديث بهامش الأم ٧/٤ ، والروضة ٧٦/٥ .
(٧) سورة البقرة : ٢٣٧ .
(٨) ب : الزوج . (٩) جاء بعده في ج : (عليها) .
(١٠) جاء بعدها في ب : (بنصفه لبقائه في يدها ولا شفعة على الزوج في النصف الذي ملكه بالطلاق ، لأنه ملك بغير بدل) .
(١١) ما بين القوسين لم يثبت في ب .
(١٢) ج : حين .
(١٣) أ ، ب : (ملكها) ؛ ج : (ملكه) . أي لزوال ملك الزوج .
(١٤) انظر : فتح العزيز ٤٢١/١١ـ٤٢٢ ، والروضة ٧٦/٥ـ٧٧ .

والحال الثانية : أن يكون الشفيع قد عفا عن شفعته (١) فيه، فللزوج أن يرجع عليها (٢) بنصفه لبقائه (٣) في يدها، ولا شفعة على الزوج في النصف الذى ملكه بالطلاق، لأنه ملك بغير بدل .

والحال الثالثة : أن يكون الشفيع ٢) على حقه لعذر استدام به لم يَعْفُ، ولم يأخذ، حتى طلق الزوج؛ فأيّهما أحق بالشقص؟ فيه وجهان :

أحدهما : أن الزوج أحق من الشفيع، لأن (*) حقه ثابت بنص كتاب (٤) مقطوع به، وحق الشفيع ثبت استدلالاً بخبر الواحد (٥) .

فعلى هذا : يرجع الزوج (٦) بنصف الشقص، ويكون الشفيع بعد ذلك مخيراً في أخذ النصف الباقي بنصف مهر (٧) المثل (٨) .

والوجه الثاني - وهو أصح - : أن الشفيع أحق به من الزوج (٩) لأمرين :

أحدهما : أن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل، والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل .

والثاني : أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع أسبق .

فعلى هذا : يعرض على الشفيع : فان أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته، وإنْ تركه رجع الزوج بنصفه (١٠) .

وقد

---

(١) ب : شقصه .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ب .
(٣) ج : (لبقائها)، صححت على هامش ج .
(*) ب : لأنه .
(٤) وهو قوله تعالى : ((وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ)) . (سورة البقرة : ٢٣٧) .
(٥) ج : واحد . (ر : في ثبوت حق الشفعة بخبر الواحد، ص ٤١٣) .
(٦) ج : الشفيع .
(٧) ج : المهر .
(٨) ساقطة من ج .
(٩) ذكر الشيرازى والرافعي والنووى الوجهين، وسكت عنهما الشيرازى، وقال الرافعي عن الثاني : أنه أصحهما، وتابعه النووى على ذلك . انظر : المهذب ١٤/٣٣٥، والفتح ١١/٤١٨-٤١٩، والروضة ٥/٧٦ .
(١٠) ب : بنصف .

وقد زعم بعض أصحابنا أن تخريج (١) هذين الوجهين من اختلافهم في نصف الصداق : هل يملكه (٢) الزوج / بالطلاق أو بالتملك ؟ (١٣٩/أ ـ أ)
فان قيل (٣) بالطلاق : كان أحق من الشفيع . وإنْ قيل بالتملك : كان الشفيع أحـــقّ .

أ/٨ (فصـــل)

و يتفـرّع على هذين الوجهين : أن يشترى رجل شقصًا من / (٣١١/جـ أ) دارٍ بألف ، ثم يفلس المشـتري قبل دفع الثمن ، و يحضر البائع ليرجع بعـين ماله ، والشفيع ليأخذه بشفعته ؛ فأحد الوجهين : أن البائع أحق من الشفيع (٤ على الوجه الذى يجعل الزوج أحق من الشفيع ٤) .

فعلى هذا : إنْ رجع البائع بشقصه ، فلا شفعة عليه في تملكه ، لأنه استحداث فسخٍ ، وليس باستئناف عقـد .

والوجه الثاني : أنّ الشفيع أحقّ (٥) من البائع لتقدّم حقّه على الوجه الذى يجعل الشفيع أحق من الزوج (٦) .

فعلى هذا : إذا أخذه الشفيع بمثل ثمنه ، (٧ فهل يُقَدَّم ٧) بــه (٨) البائعُ على جميع الغُرَماء أم لا ؟ علـــى وجهين :
أحدهما : يُقَدّم به (٩) ، لأنه بَدَلٌ مِن عينِ / مالِهِ التي كان (٨٣/ب ـ ب) أحقّ بهـــا .
والوجه الثاني : أنه وجميع الغُرماء فيه سواء (١٠) لفوات العين (١١) التي (١٢) هو أخصّ بهـا (١٢) .

فصـــل

---

(١) ب : يخرج . (٢) ساقطة من ج .
(٣) ج : قال .

(٤) ما بين القوسين ثبت في ب ؛ ولم يثبت في أ ، ج .
(٥) جاء بعده في ج : (به) . (٦) (من الزوج) : ساقطة من ج .
وهو الأولى على ما ذكره الرافعي ، وقال عنه النووى : وهو الأصح .
انظر : الفتح ١١/٤٢١ ، والروضة ٥/ ٧٦ .
(٧) ساقطة من ج . (٨) (به) : أي : الثمن المأخوذ من الشفيع . (الفتح ١١/٤٢١) .
(٩) جاء بعدها في ج : (البائع) .
(١٠) ب : أسـوة .
(١١) أ ، ج : (المعنى) ؛ ب : (العين) .

ب / ٨ (فصـــل)

وإذا طلق الرجل زوجته ، ثم أمتعها شقصًا من دارٍ بما يوجب(١) لها مِـن مُتْعَة(٢) الطلاق ، وجبت فيه الشفعة بمتعة(٣) المثل ، لا بمهر المثل ، لأن الطلاق يوجب متعـة ، و لا يوجب مهرًا (٤) ٠

ج / ٨ (فصـــل)

و إذا استأجر دارًا أو دابة بشقص من دارٍ ، وجبت فيه (٥) الشفعـة بأجرة المثل ، لأن الشقص في مقابلة المنفعة ، و قيمتها أجرة المثل ٠ ولو قال: مَنْ جاءني بعبدي الآبقِ ، فله هذا الشقص ، فلا شفعة قبل المجـيء بالعبد ، / (٢٣٩/أ ـ ب) ، لأنـه باقٍ على ملكه ٠ فاذا جيء بالعبد ملك الشقص عليـه ، و وجبت الشفعة فيه بأجرة مثل المجـيء بالعبد (٦) ٠

فصـــل

= (١٢) أ ، ج : (الذى) ؛ ب : (التي) ٠
(١٣) أ ، ج : (بـه) ؛ ب : (بها) ٠

والأظهر من الوجهين هو الثاني على ما ذكره الرافعي ، وقال عنـه النووى : وهو الأصح ٠ (انظر : الفتح ١١ /٤٢١ ، والروضة ٥ /٧٦) ٠
وفي المسـألة وجه ثالث: وهو : إنْ كان البائع سَـلَّم الشقص ، ثم أفلس المشـتري ، لم يكن أولى بالثمن لرضاه بذمة المشـتري ، وإنْ لم يسلِّمـه ، فهو أولى بالثمن ٠ (انظر: الفتح ٤٢١/١١ ، والروضة ٧٦/٥) ٠

(١) ب : وجب ٠
(٢) (المتعة) : مشتقة من المتاع ، وهو في اللغة كل ما ينتفع بـه كالطعام والبز وأثاث البيت ٠ وفي الشرع : كما عرفها النووى : " هي اسم للمـال الذى يدفعه الرجل إلى امرأتـه لمفارقتـه إياها " ٠

انظر : النهاية ٢٩٢/٤ ـ ٢٩٣ ، والمصباح ٢ /٥٦٢ مادة " متح " ، والروضة ٧ /٣٢١ ، الصداق ـ المتعة ، وانظر: مغني المحتاج ٣ /٢٤١ ٠
(٣) ب : لمتعـة ٠
(٤) انظر: الفتح ١١ /٤٤٩ ، والروضة ٥ /٨٧ ٠
(٥) ج : قيمـة ٠
(٦) جاء بعده في ج : (والله أعلم) ٠

انظر: الفتح ١١ /٤٢٨ ـ ٤٢٩ ، والروضة ٥ /٧٨ ٠

د ٨/ (فصـــل)

و إذا تبايع الرجلان (١) شقصًا ، فعفا الشفيعُ عن شفعته ، فلا شفعة فيـــه بالإقالة ، لأنها (٢) رفعٌ للعقد (٣) وليست باستئناف عقد (٤) . ولو لم يكن الشفيع قد عفا حتى تَقَايَلا كان للشفيع إبطال الإقالة لِمَا فيها من إسقاط حقِّه من الشفعة ، ثم يأخذ الشقصَ بشفعة البيع (٥) .

فلو (٦) كان مشتري الشقص قد وَقَفَهُ قبل عفو الشفيع ، فللشفيع إبطال الوقف و أخذ الشقص بالشفعة (٧) . و لو كان المشتري قد رَهَنَهُ ، فللشفيع إبطال الرهن وأخذ الرهن . ولو كان قد آجَرَهُ (٨) ، فله أخذه بالشفعة (٩) . ثم له الخيار في إمضاء الإجارة وفسخها ، ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن . فانّ (١٠) أمضاها الشفيع ، فالأجرة للمشتري دون الشفيع ، لأنـــه عَقَدَهَا فـــي ملكـــه .

و لو

---

(١) (الرجلان) : غير واضحة في ب .
(٢) ج : لأنـه .
(٣) ب ، ج : العقد .
(٤) ر : ص ٤٤٩ /و/١ (فصل) .

(٥) قال النووي في إقالة المتبايعين وموقف الشفيع عن شفعتـه :
" اشترى شقصًا ، ثم تَقَايَلا ، فانْ عفا الشفيع ، قلنا : الإقالة بيـــع ، تجدّدت الشفعة ، و أخذه من البائع . وإنْ قلنا : فسخ ، لم تجدّد كما لا تجدّد بالردّ بالعيب . وإنّ قايله قبل علم الشفيع بالشفعة ، فانْ قلنا : الإقالة بيعٌ ، فالشفيعُ بالخيار بين أنْ يأخذ بها ، وبين أنْ ينقضها حتى يعود الشقص إلى المشتري ، فيأخذ منه . وإنْ قلنا : فسخ ، فهو كطلب الشفعة بعد الردّ بالعيب " . (الروضة ٥/ ٧٧ـ ٧٨) .

(٦) ب : و لو .
(٧) انظر : المهذب ١٤ / ٣٣٤ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢ / ٣٠٣ .
(٨) ب : اجاره .
(٩) انظر : المهذب ١٤ / ٣٣٤ ، ومغني المحتاج ٢ / ٣٠٣ .
(١٠) ب : و ان .

و لو كان المشتري قد باع الشقص على غيره، كان الشفيع مخيراً (١) بين إمضاء البيع و أخذه بالشفعة من المشتري (٢ الثاني و بين فسخه و أخذه بالشفعة من المشتري ٢) الأول (٣) .

مسألة

(١) ج : مخير .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) جاء بعده في ج : (والله أعلم) .

هذه المسائل التي ذكرها المؤلف من تصرفات المشتري على الشقص – كبيعه، و وقفه، و رهنه، و غيرها – من التصرفات، فهي صحيحة، و ثبوت حق التملك فيه للشفيع بالشفعة لا يمنع المشتري من حق التصرف على الشقص، لأنه تصرف في ملكه .

انظر تفصيل الكلام على ذلك في (المهذب ١٤ / ٣٣٤–٣٣٥، و الفتح ١١ / ٤٦٧–٤٦٨، والروضة ٥ / ٩٦، و مغني المحتاج ٢ / ٣٠٣) .

٩ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله (١): وإن اشتراها بثمن إلى أَجَلٍ، قيل للشفيع: إنْ شِئْتَ فَعَجِّل (٢) الثمنَ وتُعَجِّل الشفعةَ، وإنْ شِئْتَ فدع (٣) حتى (٤) يَحلّ الأَجَل (٥).

وصورتها في رجلٍ اشترى شقصًا بثمنٍ مُؤَجَّلٍ، وحضر الشفيعُ مطالبًا، ففيه قولان:

أحدهما ـ وهو قوله في القديم (٦)/ وبه قال مالك ـ: / أَنَّ (١٤٠/أ ـ أ) (٨٤/ب ـ أ) للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن مؤجَّلًا في ذمته (٧) إنْ كان ثقة، وإنْ كان (٨) غيرَ ثقةٍ أقام ضمينًا ثقةً (٩).

قال الشافعي رضى الله عنه (١٠): وهذا أشبه بصلاح الناس (١١).

ووجه هذا القول شيئان:

أحدهما: أَنَّ الشفيع يدخل مدخل المشترى في قدر الثمن وصفاته، والأجل وصفاته؛ فاقتضى أن يأخذها (١٢) بمثل الثمن وأجله.

والثاني

---

(١) ب: رضى الله عنه.

(٢) أ، ج: (تعجل)؛ ب، المختصر: (فعجل).

(٣) ج: فدعه.

(٤) ساقطة من ج.

(٥) انظر: المختصر ٨/١٢٠، و ر: الأم ٤/٣.

(٦) انظر: فتح العزيز ١١/٤٥٠ـ٤٥١، والروضة ٥/٧٧ـ٧٨، ورحمة الأمة، ص ٢٢٣ـ٢٢٤.

(٧) جاء بعدها في ب: (و).

(٨) ساقطة من ج.

(٩) وإلى هذا القول ذهب زُفَر من أصحاب أبي حنيفة، وهو المذهب عند المالكية، وبه قال أحمد، وهو المذهب عند الحنابلة وعليه الأصحاب.
انظر: المبسوط ١٤/١٠٣، والهداية ٩/٣٩٥، وتبيين الحقائق ٥/٢٤٩، والموطأ ٢/٧١٥، وبداية المجتهد ٢/١٩٥، ومختصر خليل، ص ٢٦٠، والخرشي ٦/١٦٥، والشرح الصغير ٤/١١١، وجواهر الإكليل ٢/١٥٨، والمغني ٥/٢٦٠/٣٩٩٩، والإفصاح ٢/٣٨، والإنصاف ٦/٣٠١، وكشاف القناع ٤/١٦٠ـ١٦١.

والثاني : أنّ تعجيلَ (١) المؤجّل زيادة في القَدْر تتفاضل الأثمان بـه، وليس للمشـتري أن يشـتريه (٢)، و تأخير الشفيع دَفْـعُ(٣)لَهُ عن حقه، وليس للمشـتري دَفْـعُ الشـفيع .

والقول الثاني ــ و به قال (٤ في الجديد (٥) . و هو قـول ٤) أبـي حنيفـة (٦) ــ : أنّ الشفيعَ لا يتعجل الشقصَ بالثمن المؤجل . ويقال له : أنتَ مخيّرٌ بين أن تُعَجِّلَ الثمن فتتعجّـل أخذ الشقص، و بين أن تصبر إلى حُلُول الأجل، فتدفع الثمن و تأخذ الشقص (٧) .

ـــــــــــــــ و وجه

= (١٠) (رضى الله عنه) : من ب .

(١١) لم أقف على هذا القول للشافعي رحمه الله فيما اطلعتُ عليه في مظانه من كتب الشافعية .

(١٢) ب : أن يأخذ .

ـــــــــــــــ

(١) ج : تعجل .

(٢) ج : يريد .

(٣) ج : دفعـا .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٥) انظر: الفتح ١١/ ٤٥٠، ورحمة الأمـة ، ص ٢٢٤ .

(٦) انظر: المبسوط ١٤/ ١٠٣، والبدائع ٦/ ٢٧٣٤، والهداية ٩/ ٣٩٤، والاختيار ٢/ ٤٨، و تبييـن الحقائق ٥/ ٢٤٩ .

(٧) وهو الصحيح على ما ذكره الشيرازي، وقال عنه الرافعي : وهو الأصح ، وقال النووي : أنه الأظهر .

انظر: المهذب ١٤/ ٣١١، والفتح ١١/ ٤٥٠، والروضة ٥/ ٨٨، والمنهاج ٢/ ٣٠١، و انظر أيضًا : الغاية القصوى ٢/ ٦٠٢، و رحمة الأمة، ص ٢٢٤، و نهاية المحتاج ٥/ ٢٠٦ .

و فيه قول ثالث على ما ذكره الشـيرازي والرافعي والنووي، هو: أَنَّ الشفيع يأخذ الشقصَ بعرض يسـاوي ثمنَ الشقص إلى حُلُول الأجل كيلا يتأخرَ الأخذُ، و لا يتضـرر الشفيع ولا المشـتري .

انظر: المهذب السابق، والفتح السابق، والروضة السابقـة .

و وجه هذا القول شيئان :

أحدهما : أَنَّ أخذ الشفعة باستحقاق (١) ، و (٢) الأجل يدخل في عقود (٣) المراضاة ، ولا يدخل في الاستحقاق مالم يكن مراضاة (٤) .

والثاني : أَنَّ (٥) رِضَى البائع بذمة المشتري (٦ لا يوجب على المشتري ٦) أَنْ يَرْضَى بذمة الشفيع . وكذلك حل دين الميت (٧) ، لأَنَّ رِضَى رَبِّهِ بذمته (٨) لا يوجب عليه الرضا (٩) بذمة وارثه .

أ / ٩ (فصل)

فاذا تقرَّر توجيه القولين ، فللمشتري والشفيع (١٠) أربعة أحوال :

أحدها : أَنْ يُعَجِّلَ الشفيعُ الثمنَ ، فيُجْبَرُ المشتري على تسليم الشقص على القولين معًا ، لأنه قد تعجّل مؤجّلاً و أَمِنَ (١١) خَطَرًا . / (١٤٠ / أ ـ ب)

والحال الثانية : أن يرضى المشتري بتسليم الشقص (١٢) وتأجيل الثمن ، فيلزم (١٣) الشفيع أن يأخذ أو (١٤) يَعْفُوَ على القولين

---

(١) ب : استحقاق .
(٢) ساقطة من ب .
(٣) ب : عفو .
(٤) أ : (مراشاة) ، ب : (مواساة) ، ج : (مواسا) ؛ والصحيح ما أثبته .
(٥) (ن) ساقطة من أ .
(٦) مكررة في ج .
(٧) ساقطة من ج .
(٨) جاء بعدها في ب : (و) .
(٩) ب ، ج : الرضى .
(١٠) ب : للشفيع .
(١١) ب : أمر .
(١٢) ساقطة من ج .
(١٣) ب : فلزم .
(١٤) ج : (و) .

القولين معًا ، لأنه قد[*] يتعجل منافع الشقص ، ولا يستضرّ بتعجيل الثمن . فان لم يفعل ، و انتظر(١) بأخذه حلول الأجل بطلت شفعته على قوله في القديم . وفي بطلانها على الجديد وجهان(٢) :

أحدهما — و هو قول أبي الفياض(٣) — : أنه على شفعته إلى حلول الأجل ، لأن تأجيل الثمن قد جعل حَقّ الطلب مقدرًا به .

والوجه الثاني — و هو الأصح — : أن شفعته قد بطلت ، لأن طلبه قُدِّر(٤) بمدّة الأجل رفقًا بالمشتري ،/ فصار / من (٨٤/ب — ب) (٣١٢/ج — أ) حُقوقِهِ لا مِن حُقوق الشفيع .

والحال الثالثة : أَنْ يَدْعُوَ المشتري إلى تعجيل الثمن وتسليم الشقص ، فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معًا ، لأن تعجيل المؤجّل استزادة في الثمن ، والمشتري ممنوع مِن الاستزادة فيه(٥) .

فلو قال المشتري : أنا أحطه(٦) من الثمن بسبب[٧] التعجيل قَدْرَ ما بَيْن الحالّ والمؤجّل لم يجز لأمرين :

أحدهما

(*) (قد) : ساقطة من ج .

(١) ج : انظر .

(٢) ساقطة من ج .

(٣) هو محمد بن الحسن بن منتصر ، أبو الفياض ، البصري . تلميذ القاضي أبي حامد المروزي . كان من أئمة الفقهاء الشافعية بالبصرة ، درّس بالبصرة ، وعنه أخذ فقهاؤها ، منهم الشيخ الصيمري شيخ الماوردي . من تصانيفه : اللاحق على الجامع الذي صنفه شيخه . توفي سنة (٣٨٥ هـ) .

انظر ترجمته في (طبقات الفقهاء للعبادي ، ص ٧٦ ، وطبقات الشافعية لابن هداية الله الحسيني ، ص ١١٦ ، ومعجم المؤلفين ١٨٤/٩) .

(٤) ب : يقدر .

(٥) ج : في الثمن .

(٦) ب : اخبط .

(٧) ب ، ج : لأجل .

أحدهما : أنه مفضٍ إلى الربا ٠

والثاني : أَنَّ ما استحق تأجيله لم يلزم (١) تعجيله٠

والحال الرابعة : أَنْ يطالب (٢) الشفيعُ بالشقص مُعَجَّلاً ،و يؤخر الثمن (٣) ، إلى حُلول الأجل ٠

فهي مسألة القولين : فعلى قوله في القديم: يُجاب (٤) إلى ذلك إِنْ كان ثقةً، أو يُضَمِّنه (٥) ثقة(٦) ٠

فعلى هذا : لو مات المشتري حلّ ما عليه من الثمن، ولم يحلّ ما على الشفيع منه(٧)، و كان باقيًا إلى أجله ٠ و لو مات الشفيع حلّ ما عليه من الثمن (٨)، و للمشتري أن يتعجّله(٩)، وما عليه باقٍ إلى / (١٤١/أ-أ) أجله ٠ وَلَو(١٠) كان المشتري قد دفع الثمن(١١) رهنًا لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهنًا، لأنّ الرهن وثيقة في الثمن، وليس من جملة الثمن ٠

و على قوله في الجديد (١٢): يمنح من الشقص إلى حلول الأجل ، والمشتري ممكن(١٣) من التصرف فيه بما شاء مِن سُكْنَى واستغلالٍ و(١٤) إجارةٍ و بيعٍ(١٥) ما لم يستهلكه ، لأن تعلّق حق الشفيع به

لا يزيل

---

(١) ب : (لم يلزمه)، ج : (لم يستحق) ٠
(٢) ب : يطلب ٠
(٣) ب : بالثمن ٠
(٤) ب : كان ٠
(٦) ر : ص ٩/٥١٣ - مسألة ٠
(٥) جاء بعدها في ب : (غير) ٠
(٧) ج : من الثمن
(٨) جاء بعدها في ج : (ولم يحل ما على الشفيع منه وكان باقيا الى أجله) ٠
(٩) ب : يتعجل ٠
(١٠) ب : فلو ٠
(١١) ب : بالثمن ٠
(١٢) ر : ص ٥١٤ ٠
(١٣) ب : يمكن ٠
(١٤) ب : أو ٠
(١٥) (و بيع) : ساقطة من ج ٠

لا يُزيلُ ملكَ المشـــتري عنه، فلا يمنع من (١) التصرف في ملكه، إلاّ بما يُفضي (٢) إلى إبطال حـق الشفيع مِن الاستهلاك (٣) والإتلاف (٤) . وليس البيع (٥) استهلاكًا، لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأى العقدين (٦) شـاء .

فلو مات المشـــتري حـلّ ما عليه من الثمن و (٧) كان (٨) للشفيع أن يصبر إلى حلول الأجل . (٩) و لو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا إلى حُلول الأجل (٩)، لأنه لم يتعلق بذمتـه ما يحلّ بموتـه بخلاف القول الأول .

ب/٩ (فصـــــل)

و لو (١٠) كان الثمن مُنَجَّمًا كان (١١) على القولين أيضـًا (١٢) :

أحدهما : أن للشفيع (١٣) أن يأخذ الشقص بثمن مُنَجَّـم إلى آجالـه .

والقول الثاني : ينتظر حُلولَ النجم، ثم يأخذه (١٤) بثمنـه (١٥) . فلو حلّ نجم، فقال : أنا أدفع ما حلّ فيه وآخذ من الشقص بحصتـه مُنِـعَ، لِمَا فيـه مِن تفريق الصفقة على المشـتري . وقيل له : إمّا أن تعجل الكُلّ / (١٦) (٨٥/ب ـ أ) أو تنتظر حُلولَ الكل (١٧)، ولا يبطل حقه (١٨ من الشفعة بتأخير الأخـذ ١٨) إلى حلول النجوم كلها . لأنه لما مُنِـح من أخذ (١٩ حصته (٢٠) بأجل ١٩)، لم يلزمه دفع ما حلّ، فصار معذورًا بالتأخير (٢١) .

مســألـة

---

(١) ساقطة من ج . (٢) ب : لا يفضي .
(٣) ب : استهلاك . (٤) ب : اتلاف .
(٥) ب : المبيع . (٦) ب : النقدين .

(٧) ساقطة من ج . (٨) ب : فكان .
(٩) ما بين القوسين ساقط من ب .
(١٠) ب، ج : فلو . (١١) ساقطة من ب .
(١٢) ساقطة من ج . (١٣) ب : الشفيع .
(١٤) (ثم يأخذه) : ساقطة من ج .
(١٥) ب : منـه . (١٦) ب : الاجل .
(١٧) ب : الاجل . (١٨) ب : (بتأخير شفعة لاجل) .
(١٩) ب : (حقه ما حل) . (٢٠) أ، ب : (حصة)، ج : (حصته) .
(٢١) جاء بعدها في ج : (والله أعلم) .

١٠ ـ مسألة

قال الشافعي رضى الله عنه (١) ولو ورثه رجلان ، / (١٤١/أ ـ ب) فمات أحدهما ، وله ابنان ، فباع أحدهما نصيبه ، فأراد أخوه الشفعة دون عمه ، فكلاهما سواء ، / (٣١٢/ج ـ ب) لأنهما فيها شريكان . قال المزني : هذا أصح من أحد قوليه : إنّ أخاه أحقّ بنصيبه . قال المزني : و (٢) في تسويته بين الشفعتين (٣) على كثرة (٤) ما للعمّ على الأخ قضاء (٥) لأحد قوليه على الآخر في أخذ الشفعة (٦) بقدر الأنصباء (*) ، ولم يختلف قوله (٧) في المُعْتِقَيْنِ (٨) نَصِيبَيْنِ مِن عبدٍ ، أحدهما أكثر من الآخر ، في أن جعل عليهما (٩) قيمة الباقي منه بينهما سواء ، إذا كانا (١٠) مُوسِرَيْن ، فقضى (١١) ذلك مِن قوله (١٢) عندى (**) على ما وصفنا (١٣) .

و صورتها في دار بين رجلين : إمّا أخوين أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين . مات أحدهما وترك ابنين ، فصارت (١٤) الدار (١٥) بينهم على أربعة أسهم : للباقي من الأخوين المالكين سهمان ، و (١٦) ولكل واحد

من

---

(١) (رضى الله عنه) : من ب ، و في ج : (رحمه الله عليه) .
(٢) ساقطة من ب .
(٣) ب : الشفيعين .
(٤) ج : كره .
(٥) ب ، ج : فصار .
(٦) المختصر : الشفعاء .
(*) قوله (أَنْصِبَاء) ، و كذلك (أَنْصِبَة) و (نُصُب) : جمع النصيب: أى الحصة . (انظر: المصباح ٢ / ٦٠٦ ، مادة " نصب ") .

(٧) ج : (قوليه) .
(٨) ب ، ج : (المعنيين) ، وجاء بعدها في ب : (يعتبر) .
(٩) أ : (عليها) ؛ ب ، ج ، المختصر : (عليهما) .
(١٠) ب : (كانوا) . (١١) المختصر : (قضى) .
(١٢) ساقطة من ب . (**) (عندي) : لم يثبت في المختصر .
(١٣) انظر : المختصر ٨ / ١٢٠ ، و ر : الأم ٤ / ٣ .
(١٤) مكررة في ج . (١٥) جاء بعدها في ج : (هم) . (١٦) ساقطة من ب .

من ابْنَـى الميت(١) سـهم واحد • باع(٢) أحد (٣) الابنين حقه – و هو سهم واحد – على أجنبي ، فالشفعة مستحقة فيه • وهل يختص (٤) بها أخوه ، أو تكون بينه وبين العمّ ؟ فيه قولان :

أحدهما – و هو أحد قوليه في القديم – : أَنَّ الأخ أحقّ بشفعة(٥) أخيه مِن العمّ(٦) (٧) لأمرين :

أحدهما : أنهما اشتركا في سبب ملكه ، وتميّز العمّ عنهما بسببه ، فكان الأخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العمّ لتفرده(٨) بسببه •

والثاني : أن ملك(٩) الأخوين كان مجتمعًا في حياة الأب ، وقد يجرى عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب • ألا ترى : لو ظهر على الأب دَيْنٌ تَعَلَّقَ / (١٣٢/أ–أ) بالسهمين معًا ولم يتعلق بسهم(١٠) العمّ (١١) •

والقول الثاني – قاله في الجديد وبعض القديم – : أن الشفعة مشتركة بين

---

(١) ب : ابن للميت •
(٢) ب : فباع •
(٣) ساقطة من ج •
(٤) ج : يخص •
(٥) ج : (بشفعته)• وجاء بعدها : (من) •
(٦) انظر: الأم ٤/٣ ، والفتح ١١/ ٤٧٨ •
(٧) وبه قال الامام مالك • (انظر : الموطأ ٢/ ٧١٥ ، و أوجز المسالك الى موطأ مالك ١٢/ ٦٢) • و سيأتي فيه رأى أبي حنيفة و أحمد رحمهما الله ص ٢٢ ٥ •
(٨) ب : المتفرد •
(٩) ج : ذلك •
(١٠) ب : بسهمى •
(١١) قال الرافعي رحمه الله : " إنّ الأخ يختص بالشفعة ، لأن ملكه أقرب الى ملك الأخ ، لأنهما ملكا بسبب واحد • ولهذا لو ظهر دين على أبيهما يباع فيه ملكهما دون ملك العم • واذا كان أقرب ملكا كان أحق بالشفعة كالشريك مع الجار " • (الفتح ١١/ ٤٧٨) •

(١ بين الأخ و العمّ ١) (٢) لأمريـــن :

أحدهما : (٣ أنّه لما تساويا ٣) في الاشتراك ، وجب أن يتساويا في الاستحقاق كمختلفي (٤) الأسباب ٠

والثاني : أَنَّ ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة ٠ وقد ثبت أَنَّ العمّ لو باع حصته / تشاركا في شفعته ، فاقتضى أن يشاركهما بشفعته ٠ (٨٥/ب ـ ب)

أ / ١٠ (فصـــل)

فاذا تقرر توجيه القولين ، فان قيل / : إنّ (٥) الأخ أحقّ بها تفرد بأخذها دون العمّ (٦) ٠ فان عفا (٧) الأخ عنها احتل استحقاق العمّ لها (٨) وجهين :

أحدهما : لا حَقّ له فيها لخروجه عن استحقاقها ٠

والوجه الثاني : يستحقها لخلطته (٩) ، و إنما قدّم الأخ عليه لامتزاج سببه (١٠) ٠

و ان

---

(١) ب : (بين العم والأخ) ٠

(٢) انظر: الأم ٤/٣ ٠

وهو الصحيح على ما ذكره الشيرازي ، وقال عنه الرافعي : هو الأصح ، وقال النووي : هو الأظهر ٠ (انظر : المهذب ١٤/ ٣٢٦ـ٣٢٧ ، والفتح ١١/ ٤٧٨ ، والروضة ٥/ ١٠٠ـ١٠١) ٠

(٣) ب : (انهما كما تساويا) ٠

(٤) في جميع النسخ : (كالمختلفي) ، لعلها (كمختلفي الأسباب) ، كما صححناه ٠

(٥) أ : (بأن) ؛ ب ، ج : (ان) ٠

(٦) ج : المشترى ٠

(٧) أ : (عفى) ؛ ب ، ج : (عفا) ٠

(٨) ج : بها ٠

(٩) ب : لخليطه ٠

(١٠) قوله (لامتزاج سببه) : أى لزيادة قربه ٠ (الفتح ١١/ ٤٧٨ـ ٤٧٩ ، والروضة ٥/ ١٠٠) ٠

ذكر الشيرازي والرافعي الوجهين وسكتا عنهما ، وقال النووي عن الوجه الثاني : وينبغي أن يكون هذا الثاني أصح ٠ (المهذب ١٤/ ٣٢٧ ، والفتح ١١/ ٤٧٨ ، والروضة ٥/ ١٠٠) ٠

و إنْ قيل : إنّها بينهما ، فقد اختلف قول الشافعي رضى الله عنه (١) في كيفية استحقاقهما (٢) لها (٣) على قولين (٤) :

أحدهما – قاله في القديم – (٥) : أنها بينهما نصفين بالسّوية ، – وبه قال أبو حنيفة (٦) – لأمرين :

أحدهما : أنها (٧) تستحق بقليل الملك ، كما تستحق بكثيره (٨) ، حتى لو ملك أحد الشريكين سهمًا مِن عشرة أسْهُم أخذ به شفعة التسعة الباقية . (٩) و لو بيع السهم أخذه صاحب التسعة الباقية (٩) . فاقتضى أن يتساووا (١٠) الشريكان / فيها ، (١١) وان تفاضلا (١١) (٢١٣/ج – أ) في المال اعتبارًا بأعداد الرؤوس ، لا بقدر الأملاك ، كالعبد المشترك بين ثلاثة : يملك أحدُهم نِصْفَهُ ، والآخرُ ثُلُثَهُ ، والآخرُ سُدُسَهُ ؛ إذا أعتق صاحبُ النصف و السدس حُقوقَهما معًا ، قُوِّمَ الثلث عليهما / نصفين (١٤٢ /أ – ب) و عتق بينهما بالسّوية ، كذلك الشفعة .

و الثاني

---

(١) (رضى الله عنه) : من ب .
(٢) ب : استحقاقها .
(٣) ساقطة من ب .
(٤) ذكر الشيرازى القولين ، وسكت عنهما .(انظر : المهذب ١٤ /٣٢٦) .
(٥) ساقطة من ب .
(٦) انظر : المبسوط ١٤ /٩٧ – ٩٨ ، والبدائع ٦ /٢٦٨٣ – ٢٦٨٤ ، والاختيار ٢ /٤٤ ، وتبيين الحقائق ٥ /٢٤١ ، و مجمع الأنهر ٢ /٤٧٣ .
قد اختاره المزني . وإليه ذهب الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه . (انظر : فتح العزيز ١١ /٤٧٨ ، و ر : ص ٥١٩ /١٠ – مسألة ، و ص ٥٢٩ /ب /١٠ (فصل) ، و الإفصاح ٢ /٣٧ ، والمغني ٥ /٢٧٠ /٤١١٥ ، والإنصاف ٦ /٢٧٦) .
(٧) ساقطة من ج .
(٨) انظر : الأم ٤ /٣ ، والوجيز و شرحه فتح العزيز ١١ /٤٧٦ ، ٤٧٨ .
(٩) ما بين القوسين ساقط من ج .
(١٠) ب : (تساووا) ، ج : (يتساوى) .
(١١) ب : (أو تفاضلا) .

والثاني : أَنّ استحقاق الشفعة لرفع الضرر بها ، وقد يستضرّ صاحب الأقل كاستضرار صاحب الأكثر ، فوجب أن يساوى صاحب (١) الأقل منها (٢) صاحبَ الأكثر .

فعلى هذا : تصير الدار بينهما (٣) على ثمانية أسهم : خمسة منها (٤) للعمّ : منها (٥) أربعة بقديم ملكه ، وسهم لشفعته؛ (٦ وثلاثة أسهم للأخ : منها سهمان بقديم ملكه ، وسهم لشفعته ٦) .

والقول الثاني ــ قاله في الجديد (٧) ، وهو الصحيح (٨) ــ : أنها بينهما على قدر ماليهما اعتبارًا بالأملاك (٩) (١٠) ، ــ وبه قال مالك (١١) ــ لأمرين :

أحدهما : أن منافع (١٢) الملك تتوزع على قدره كالأرباح في التجارة ، والنِّتاج في الحيوان .

والثاني : أَنّ الشفعة إنّما وجبت لرفع الضرر بها (١٣) عن (١٤) الملك الداخل عليه بحق ، لا بظلم . مثل مؤنة القسمة والمهايأة (١٥) ونقصان القيمة

---

(١) جاء بعدها في ج : (حق) .
(٢) ب : فيها .
(٣) أ ، ج : (بينهم) ، ب : (بينهما) .
(٤) ب : فيها .
(٥) ساقطة من ج .
(٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٧) انظر : الوجيز وشرحه فتح العزيز ١١/ ٤٧٦ ، ٤٧٨ .
(٨) وهو مقتضى المذهب على ما ذكره الرافعي والنووى .
انظر : الفتح ١١/ ٤٧٨ ، والروضة ٥/ ١٠٠ .
(٩) جاء بعدها في ب : (لا بالملك) .
(١٠) وعليه : إذا كان أحد الشريكين أكثر ملكًا من صاحبه أعطى بقدر كثرة ملكه . (انظر : الأم ٤/ ٣) .
(١١) انظر : الموطأ ٢/ ٧١٥ ، والمدونة ٥/ ٤٠١ ، وبداية المجتهد ٢/ ١٩٦ ، وكتاب الكافي ٢/ ١٨٣ .
وإليه ذهب أحمد في إحدى الروايتين عنه ، وهو المذهب عند الحنابلة . (انظر : الإفصاح ٢/ ٣٧ ، والمغني ٥/ ٢٦٩/ ٤١١٥ ، والإنصاف ٦/ ٢٧٥ ، والروض المربع ٢/ ٢٢٧ ، وكشاف القناع ٤/ ١٤٧) .
(١٢) ب : مرافق . (١٣) ساقطة من ج . (١٤) ب : لحق .
(١٥) ب : المهايأة ؛ أ ، ج : المباناة . والمهايأة : الأمر المتهيأ عليه ، أى أنه أمر يتهيأ القوم فيتراضون به . (انظر : اللسان ١/ ١٨٩ مادة "هيأ" . وشرعا : " قسمة المنافع على التعاقب والتناوب" . (انظر : التعريفات ، ص ٢٣٧) .

(٨٦/ب ـ أ)

القيمة بعد القسمة . وهذا يقل ويكثر بقلة الملك وكثرته، فوجب / أن يتقسط على (١) الأملاك دون الملاّك .

و أما سُوءُ المُشَارَكة ، فظلم يمكن رفعه بالسلطان . وفي هذا انفصال .

فعلى هذا : تكون الشفعة بينهما على ثلاثة أسهم : لصاحب النصف سهمان ، ولصاحب الربع سهم واحد ، و (٢) تصير جميع الدار بينهما أثلاثاً (٣) .

ب/١٠ (فصل)

فأما المزني : فانه اختار من القولين الأولين : أن تكون الشفعة بينهما (٤) ـ وهو أصح القولين ـ ثم اختار من القولين الآخرين (٥) أن تكون بينهما نصفين (٦) . استدلالاً / بما ذكرنا من العتق (٧) . (١٤٣/أ ـ أ)

و قد ينفصل عنه بأن العتق (٨) استهلاك . ألا ترى : أنّ صاحبَ الحصة المُقَوَّمَة مِن العبد لو رَضِيَ باسترقاق حصته ، ورَضِيَ العبد بها لم يجز ، و اعتقت على الشريك (٩) . ولو رَضِيَ الشفيع (١٠) بترك شفعته جاز ، فافترقا . والله أعلم .

مسألة

---

(١) ساقطة من ب .
(٢) ساقطة من ج .
(٣) جاء بعدها في ج : (والله أعلم) .
(٤) ر : ص ٥١٩/١٠ ـ مسألة .
(٥) ساقطة من ب .
(٦) ر : ص ٥١٩/١٠ ـ مسألة .

(٧) ر : ص ٥٢٢/أ/١٠ (فصل) ، وانظر: الفتح ٤٧٧/١١ .
(٨) ج : بالعتق .
(٩) وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : " مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَه فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْه إِنْ كَانَ مُوسِراً " . (قد سبق تخريجه في كتاب الغصب ، ص ١١٠ ـ ١١١) .
(١٠) ب : الشريك .

١١ ـ مسـألـة (*)

قال المزني : وقد (١) قال الشافعي رضى الله عنه (٢) : و لـلـورثـة (٣) الشفيـع أن يأخذوا [٤] ما كان يأخذ (٥) [٤] أبوهم (٥) بينهم على العدد : امرأته وابنه في ذلك سواء .
قال المزني : وهذا يؤكد ما قلت (٦) أيضًا (٧) .

أما الشفعة فموروثة (٨) ، تنتقل بموت الشفيع [٩] قبل عفوه إلى ورثته [٩] (١٠) .

و قال

(*) ب : فصل .
(١) (وقد) : لم يثبت في المختصر .
(٢) (رضى الله عنه) : من ب .
(٣) ب : و للورثة .
(٤) أ ، ب : (ما كان يأخذ) ، ج : (ما كان ما يأخذ) ، المختصر : (ما كان يأخذه) .
(٥) ج : فأبوهم .
(٦) ~~في جميع النسخ والمختصر : (ما قلت) ، ألحقتُ (الهاء) بالكلمة لما اقتضاه السياق .~~
قوله (وهذا يؤكد ...) : أى أنه اختار من قولَى الشافعي رحمه الله أن الشفعة بين الشفعاء على أعداد الرؤوس متساوية وليست بقدر الأملاك .
(ر : ص ٥١٩ / ١٠ ـ مسألة ، و ص ٥٢٤ / ب / ١٠ (فصل)) .
(٧) انظر : المختصر ٨ / ١٢٠ .
(٨) ساقطة من ج .
(٩) ب : (الى ورثته قبل عفوه) .
(١٠) انظر : المهذب ١٤ / ٣٤٤ ، و رحمة الأمة ، ص ٢٢٤ ، ومغني المحتاج ٢ / ٣٠٩ ، ونهاية المحتاج ٥ / ٢١٩ .
و يتوافق قول مالك مع قول الشافعي في هذه المسألة، وذلك قياسًا على حقوق الأموال .
انظر : الموطأ ٢ / ٧١٧ ، و كتاب الكافي ٢ / ١٨٧ ، وبداية المجتهد ٢ / ١٩٨ ، و قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٠٣ ، والقوانين الفقهية ص ٢٩٢ .

وقال أبو حنيفة: الشفعة غير موروثة، وقد بطلت بموت الشفيع(١) ٠

استدلالاً بأنه خيارٌ مَوْضُوعٌ لاستجلاب (٢) مال، فوجب أن يبطل بالموت(٣)، قياساً على خيار البذل والقبول (٤)٠ ولأن الشفيع يستحق بشفعته رفع الضرر عن ماله، كالزوج الذى يستحق باللِّعان رفع الضرر الداخل عليه في نسبه٠ ثم ثبت أن اللِّعانَ يبطل بالموت ولا يصير موروثًا، وجب أن تبطل الشفعة بالموت، ولا تصير موروثة ٠

وتحريره قياساً: أن ما وُضِعَ لرفع الضرر من الخيار إذا لم تنتقل إلى مال بطل بالموت كاللِّعان ٠

قال: ولأنّ ملك الورثة مستحدث بعد وجوب الشفعة، وحدوث الملك بعدها يمنع من ايجابها، كمن استوهب ملكاً بعد وجوب الشفعة لم يستحق به شفعة ٠

قال: ولأن الحقوق الموروثة إذا عفا / عنها المريض كان عفوه (١٤٣/أ-ب) مردودا كالدُّيُون ٠ فلمّا كان عفو المريض عن الشفعة صحيحًا وليس للورثة فيه اعتراض (٥) دلّ على أنه غير موروث ٠

قال

---

(١) وذلك إذا مات الشفيعُ بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، وإن كان الميت طالب بها (أى بالطلبين: المواثبة والتقرير)٠ أما إذا مات بعد القضاء له بها، فانها تنتقل الى ورثته ٠

وإلى قول أبي حنيفة ذهب أحمد -رحمهما الله-، إذا مات الشفيع قبل الطلب بها، وذلك على الصحيح من المذهب على ما ذكره المرداوى٠ وأما إذا طالب بالشفعة، ثم مات، فانه حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحدًا على ما ذكره ابن قدامة٠ وهو مذهب مالك والشافعي رحمهما الله ٠

انظر: المبسوط ١٤/١١٦، والبدائع ٦/٢٧٢١، والاختيار ٢/٤٧، و تبيين الحقائق ٥/٢٥٧-٢٥٨، ومجمع الأنهر ٢/٤٨٤، و مختصر الخرقي وشرحه المغني ٥/٢٧٨/٤٠٢٩، والإفصاح ٢/٣٧، و المغني نفسه ص ٢٧٩، والإنصاف ٦/٢٩٧، والروض المربع ٢/٢٢٨، و كشاف القناع ٤/١٤٢ ٠

(٢) أ : (الاستخلاف)؛ ب، ج : (الاستجلاب) ٠

(٣) ساقطة من ب ٠

(٤) ولأنّ خيار القبول لا يُورث عند الحنفية ٠ يرجع تفصيل ذلك إلى (المبسوط ١٣/٤٢، والبدائع ٧/٣٣٠٤، والبناية في شرح الهداية للعيني ٨/٥٧٧ - كتاب البيوع-) ٠

(٥) ب : اغراض ٠

قال: ولأنّ (١) ما ورث (٢ بالأنساب والأسباب ٢) انتقل ارثه/(٨٦ب ب) عند عدمهم إلى بيت المال، فلما لم يجز للإمام أن يأخذ بالشفعة لبيت المال (٣ ما صار ميراثه إلى بيت المال ٣) دلّ (٤) على أن الشفعة غير موروثة ميراث الأموال (٥) .

و دليلنا

(١) (ولأن): ساقطة من ج .
(٢) ب : (بالأسباب والأنساب) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٤) تكرر في ج .

(٥) إنّ التفاصيل التي ذكرها المؤلف ضمن أدلة أبي حنيفة لم أقف عليها فيما اطلعتُ عليه في مظانه من كتب الحنفية . وإنما قالوا نحو ما قاله السرخسي، حيث قال :
" وإذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الأخذ بالشفعة عندنا . وعند الشافعي له ذلك . والكلام في هذه المسألة نظير الكلام في خيار الشرط ... ونحن نقول: مجرد الرأى والمشيئة لا يتصور فيه الإرث ، لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه . والثابت له بالشفعة مجرد المشيئة بين أن يأخذ أو يترك. ثم السبب الذى به كان يأخذ بالشفعة تزول بموته ، وهو ملكه وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط لثبوت حق الأخذ له . ألا ترى: أنه لو أزاله باختياره بأنّ باعَ ملكَهُ قبل أن يأخذ البعض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة . فكذلك إذا زال بموته . والثابت للوارث جوازا أو شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة . وهذا لأن استحقاق الشفعة بسبب ينبني على صفة المالكية . ولهذا لا يثبت حق الأخذ بالشفعة لجار السكنى . وصفة المالكية تتجدد للوارث بانتقال ملك المورث إليه ، فلا يجوز أن يستحق الشفعة بهذا السبب . ولو كان بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة ، لأنّ الملك انتقل بالموت إلى الوارث بسبب الاستحقاق . وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث ، والمعتبر قيام السبب عند البيع لا قبله " . (المبسوط ١٤/١١٦ ؛ وانظر أيضا: البدائع ٦/٢٧٢١، والاختيار ٢/٤٧، وتبيين الحقائق ٥/٢٥٧-٢٥٨ ، ومجمع الأنهر ٢/٤٨٤) .

ودليلنا : قوله تعالى : ((يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ)) (١) الآيـة (٢) ٠

فكان على عمومـه ، ولأنه (٣) حق يلزم في البيع ، فوجب أن يكون موروثـًا كالردّ بالعيب (٤) ٠ ولأن الشفعة من حقوق الملك ، فوجب أن تكون موروثـة مع الملك كطرق (٥) الأملاك ومرافقها والرُّهُـنِ في الديون وضمانها ٠ و (٦) لأن الموت يُسْقِطُ التكليف ٠ وما سقط به التكليف لم تبطل به الشفعة كالجنون ٠ ولأنه قبض استحق في عقد بيع ، فوجب أن يورث كالقبض في البيع (٧) ٠

فأما الجواب عن قياسهم على خيار البذل والقبول : فهو أنه منتقض بخيار الرد بالعيب ٠ ثم خيار البذل والقبول يجوز أن يورث،لولا أنه مستحق على الفور ، فكان بطلان ميراثه لتراخي زمانه ، لا لاستحالة إرثه ٠ ثم المعنى في خيار القبول ، أنه لما لم يجز أن يستنيبه المبذول (٨) له (٩) مَن يقبل عنه لم ينتقل إلى وارثه ، و (١٠) لما جاز أن يستنيب الشفيـع مَن يطالب (١١) عنه انتقل إلى وارثه ٠

وأما الجواب عن قياسهم على اللِّعان : فهو ما ذكرنا مِن (١٢) أن النيابة في اللِّعان / لا تصح ، وليس المنع مِن أخذ العوض عن الشفعة (١٤٤/أ ـ أ) بمانع من أن يورث كالرد بالعيب ، لا يجوز أخذ العوض عنه (١٣) ويجوز أن يورث ٠

وأما

---

(١) في جميع النسخ : (أولادكم) ٠ والآية جزء من الآية (١١) من سورة النساء ٠ وجاء في الآية بعد قوله : ((في أولادكم)) قوله : ((لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ٠٠٠)) ٠

(٢) (الآية) : من ب ، ساقطة من أ ، ج ٠

(٣) ج : ولا بد ٠

(٤) انظر : المهذب ١٤ / ٣٤٤ ٠

(٥) ج : طراق ٠

(٦) ساقطة من ج ٠

(٧) انظر : المهذب نفسه ٠

(٨) أ : (المبذول) ، ب : (المبدول) ، ج : (المبدل) ٠

(٩) ب : منه ٠ (١٠) ساقطة من ب ٠

(١١) ب : يطلب ٠ (١٢) ساقطة من ب ٠

(١٣) ساقطة من ج ٠

و أما الجواب عن استدلالهم – بأنّ ملك الورثة طارئ – : فهو أنهم ليس يملكونها لأنفسهم (١) بالطارئ من ملكهم. وإنّما ينتقل إليهم ميراثاً عن ميتهم، فقاموا فيه مقامه كمن وصّى له بابنه المملوك ، فمات قبل قبوله وترك ابنًا آخر (٢) ، فقبل بعد موت أبيه الوصية بأخيه عتق عليه، و إنّ كان الأخ / لا يعتق على (٣) أخيه ، لأنه قبله نيابة عن أبيه (٤). (٣١٤/ج ـ أ)

وأما الجواب عن استدلالهم – بأنّ الحقوق الموروثة ترد عفو المريض (٥) عنها كالديون – : فهو أن أصحابنا قد اختلفوا في ذلك :

فكان (*) بعضهم يجعل للوارث إبطال عفوه. فعلى هذا : سقط السؤال. وقال الأكثرون منهم – و هو الصحيح – : إنّ عفوه / ماضٍ، ولا اعتراض (٨٧/ب ـ أ) عليه للوارث ، لأنهم إنّما يعترضون عليه فيما استقرّ عليه (٦) ملكه من الأملاك ، ولم يستقرّ له (٧) هاهنا ملك. وإنّما هو سبب يفضي إلى الملك، فصار كقبض الهبة الذى يملك به الهبة. ولو ردّه المريض لم يعترض (٨) الورثه عليه، وإنّ جاز أن يقوموا في القبض مقامه .

وأما الجواب عن استدلالهم – بأنّ ما كان موروثًا صار لبيت المال عند عدم الورثة – : فهو أنّ (٩) لأصحابنا فيه وجهان :

أحدهما : أنه موروث لبيت المال، ويستحق الإمام أخذه بالشفعة لكافة المسلمين إذا رأى ذلك / صلاحًا . (١٤٤/أ ـ ب)

والوجه الثاني: لا شفعة فيه وقد بطلت، لأن الشفعة تجب لرفع (١٠) الضرر فيها ، فبطلت الشفعة ، وليس كذلك الوارث ، لأنه (١١) يختص بالتصرف، فلحقه الضرر، فاستحق الشفعة. والله أعلم بالصواب (١٢) .

فصل

---

(١) ب : لا يقسم . (٢) ب ، ج : حرا .
(٣) (على) : مكررة في أ . (٤) ب : أخيه .
(٥) ب : المرض . (*) ب : وكان .
(٦) (عليه) : صححت في ب فوق السطر .
(٧) ساقطة من ب .
(٨) ب : (لم تعترض) ، وجاء بعدها في ج : (عليه) .
(٩) ساقطة من ب . (١٠) ب : لدفع .
(١١) ب : فانه .
(١٢) قوله (والله أعلم بالصواب) : لم يثبت في ب ، و قوله (بالصواب) : لم يثبت في ج .

أ/١١ (فصل)

فاذا صحّ ميراث الشفعة على ما ذكرنا لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده: فان كان موته قبل البيع، فالشفعة إنّما حدثت على ملك الورثة، ولم يكن للموروث فيها حق لتقدم(١) موته على البيع. ثم تكون بين جميع مَنْ مَلَك ميراث الحصة. وفيها قولان:

أحدهما (٢): أنها بينهم على عدد رؤوسهم: الزوجة والابن، فهما سواء على ما حكاه المزني عن الشافعي رضي الله عنه(٣).

والقول الثاني: أنها مقسطة بينهم على قدر مواريثهم(٤): للزوجة ثمنها، وللابن الباقي.

وعلى هذا: لو عفا أحد الورثة لم يسقط(٥) حق من لم يعف، وكان لمن بقي من الورثة - ولو كان واحدًا - أن يأخذ جميع الشفعة، كالشركاء إذا عفا بعضهم عاد حقه إلى مَنْ بقي (*).

وإنْ مات الشفيع بعد البيع، فقد ملك الشفعة بالبيع، وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته، ويستوى فيها الوارث بنسب وسبب. فهي بينهم على قدر مواريثهم(٦): للزوجة الثمن، والباقي للابن قولًا واحدًا. لأنهم ليس يأخذونها بأنفسهم، وإنما يرثونها عن ميتهم، فكانت (٧) بينهم على قدر مواريثهم. ويكون تأويل ما نقله / المزني عن الشافعي رضي الله (١٤٥/أ-أ) عنه(٨): أن امرأته وابنه في ذلك سواء، يعني في استحقاقها

---

(١) ب: لعدم. (٢) أ: أحدها.

(٣) (رضي الله عنه): من ب.

انظر: المختصر ٨/١٢٠، ور: ص ٥٢٥/١١ - مسألة.

(٤) وهو الأظهر من القولين. (انظر: الفتح ١١/٤٧٩، والروضة ٥/١٠١).

(٥) أ: لم يقسط.

(*) ر: ص ٥٤٦/١٤ - مسألة.

(٦) وفي كيفية إرثهما ثلاثة طرق على ما ذكره الرافعي والنووي. والأصح ما قاله المصنف. والثاني: القطع بالتسوية بينهما. والثالث: على القولين. (انظر: الفتح ١١/٤٧٩، والروضة ٥/١٠١).

(٧) ب: وكان. (٨) (رضي الله عنه): من ب.

استحقاقها لجميع الورثة، لا يختص بها بعضهم دون / بعض (١) . (٨٧/ب ـ ب)

وكان بعض أصحابنا يغلط ، فيخرّج ذلك (٢) على قولين ، ويجعل ما نقله المزني أحد القولين (٣) .

فعلى / هذا : لو أنّ بعض الورثة عفا (٤) عن حقه من الشفعة، فهل (٣٤/ج ـ ب) يرجع ذلك على باقي الورثة؟ على قولين ـ حكاهما المروزي(*) ـ :

أحدهما : يرجع على مَن بقي ، كالشركاء إذا عفا (٥) أحدهم (٦). فعلى هذا: لو أنّ أحدَ (٧) الورثة حضر مطالبًا قضى له بجميع الشفعة .

والقول الثاني ـ وهو أصح ـ : أنه لا يرجع على مَن بقي، لأن جميعهم شفيع واحد (٨) ، وليس كالشركاء (٩) الذين (١٠) كل واحد منهم شفيع كامل .

فعلى هذا: (١١ لو حضر أحد الورثة مطالبًا لم يقض له بشيء ١١) حتى يجتمعوا .

فان عفا (١٢) أحدهم عن حقه، فهل تبطل (١٣ بعفوه شفعة ١٣) من بقي ؟ على وجهين :

أحدهما

---

(١) انظر : الفتح ١١/ ٤٨١ .
(٢) ساقطة من ج .
(٣) انظر تفصيل ذلك في (الفتح ١١/ ٤٧٧ـ٤٨١) .
(٤) أ : (عفى) ؛ ب ، ج : (عفا) .
(*) هو أبو اسحاق المروزي ، سبقت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٤٩) .

(٥) ساقطة من ج .
(٦) ج : بعضهم .
ر : ص / ١٤ ـ مسألة .
(٧) ج : بعض .

(٨) ساقطة من ب .

(٩) ب : كالشرط .
(١٠) في جميع النسخ : (الذى) ، والمثبت هو الصواب .
(١١) ب : (لو أن أحد الورثة حضر مطالبًا لمريض له بشيء) .
(١٢) أ : (عفى) ؛ ب ، ج : (عفا) .
(١٣) ما بين القوسين غير واضح في ب .

أحدهما ـ وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ـ: أنها قد بطلت، وسقط حق مَنْ لم يعف. لأنها شفعة واحدة (١) عفا (٢) عن بعضها، فصار كالشفيع إذا عفا (٣) عن بعض شفعته سقط جميعها.

والوجه الثاني ـ وبه قال أبو حامد الإسفرايني ـ: أنَّ (٤) مَن لم يعف عن شفعته يأخذ منها بقدر ميراثه، ولا يكون عفو غيره مُبْطِلاً لحقه بخلاف الواحد إذا عفا (٥) عن بعض شفعته. لأنّ الواحد قد كان له أخذ جميعها، فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها. وليس كذلك أحد الورثة. لأنه لا يملك منها إلّا قدر حقه، / فلم يبطل بالعفو (١٤٥/أ ـ ب) عن غير حقه. ولأن العافي عن البعض (٦ مختار للعفو، فجاز أن يَسْرِيَ عفوه في جميع حقه. وليس الباقي مِن الورثة ٦) مختارًا للعفو، فلم يَسْرِ عَفْوَ غيره في حقه (٧).

ب/١١ (فصل)

وإذا ابتاع رجل شقصًا مِن دارٍ فيه شفعة، ثم مات وعليه دَيْنٌ يحيط بالتركة، ثم بيع مِن الدار شقص فيه الشفعة، فعليهم الشفعة فيما ابتاعه مَيِّتُهُم (٨)، ولهم الشفعة فيما بيع في خلطتهم. ولا يكون إفلاس ميتهم

---

(١) جاء بعدها في ب: (قد).
(٢،٣) أ، ج: (عفى)؛ ب: (عفا).

(٤) ساقطة من ب.
(٥) أ: (عفى)؛ ب، ج: (عفا).
(٦) ما بين القوسين ساقط من ج.
(٧) ذكر الشيرازي الوجهين بلا ترجيح. والأظهر منهما عند الرافعي: سقوط حق العافي، وثبوت الجميع للآخر، وهو الأصح على ما ذكره النووي.
انظر: المهذب ١٤/٣٤٤، والفتح ١١/٤٨٣، والروضة ٥/١٠٢.

(٨) ب: منهم.

ميتهم (١) مانعًا من استحقاقها، لأنّ لهم قضاء الدين واستيفاء الشقص (٢) . فان تعجّل شفعتهم، فأخذ حصتهم بالشفعة قبل أن يأخذوا ما استحقوا فيه الشفعة، بطلت الشفعة (٣) فيه، لزوال (٤) ملكهم الذى استحقوا الشفعة به، وكان لشفيعهم أن يأخذه لشفعته (٥) / (٨٨/ب ـ أ) أيضًا . وإنّ تعجلوا أخذ ما بيع في خلطتهم بالشفعة و (٦) قبل أن تؤخذ حصتهم بالشفعة جاز، و لا يمنع منها ما وجب من الشفعة في حصتهم، ثم لشفيعهم (٧) أن يأخذ حصتهم لشفعته . فان أخذها بالشفعة كان له أن يأخذ منهم ما أخذوه بالشفعة . وإن عفا عن الشفعة في حصتهم كان له أن يشاركهم فيما أخذه بالشفعة لاشتراكهم في الملك .

(فصل) ج ١١/

و لو مات رجل، و ترك دارًا، وعليه (٨) دَيْنٌ محيطٌ (٩) ببعضها، فبيع منها بقدر دَيْنِه لم يكن لورثته أن يأخذوا (١٠) المبيع منها بالشفعة (١١) لأمرين :

أحدهما ـــــــــــــــــــ

(١) ب : منهم .
(٢) ولأن الدّين لا يمنع انتقال الملك في الترك إلى الورثة . (انظر : الروضة ٥/١١٤) .
(٣) ب، ج : شفعتهم .
(٤) ب : ان قال .
(٥) ب : بشفعته .
(٦) ساقطة من ب .
(٧) ب : لشفعتهم .
(٨) ب : وعليه؛ أ، ج : فعليه .
(٩) ب : يحيط .
(١٠) ب : يأخذ .
(١١) انظر : الروضة ٥/ ١١٤) .

أحدهما : أنهم (١) لم (٢) يكونوا شركاء لميتهم ·

والثاني : أنهم قد كانوا / قادرين / على استيفاء ملكه (١٤٦/أ ـ ب) (٣١٥/ج ـ أ)
بقضاء (٣) الدين (٤) من أموالهم ·

ولو كان ميتهم وصّى (٥) ببيع بعضها (٦) في (٧) وصيته (٨) لم يكن لهم فيه شفعة لِما ذكرنا مِن التعليل الأول : أنهم لم (٩) يكونوا شركاء لميّتهم · والله أعلم بالصواب (١٠) ·

مسألة

---

(١) أ : (لهم) ؛ ب ، ج : (انهم) ·

(٢) ساقطة من ج ·

(٣) ساقطة من ج ·

(٤) ج : بالدين ·

(٥) ب : وصيا ·

(٦) ب : بعضهم ·

(٧) ساقطة من ج ·

(٨) ب : وصية ·

(٩) ساقطة من ج ·

(١٠) قوله (والله أعلم بالصواب) : لم يثبت في ب ·

١٢ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله(١) : فان حضر أحدُ الشفعاء أخذ الكُلَّ(٢) بجميع الثمن، فان حضر الثاني (٣) أخذ منه النصفَ بنصف الثمن، فان حضر الثالث(٤) أخذ منهما الثلثَ بثلث الثمن، حتى يكونوا في ذلك (٥) سواءً (٦) .

وصورتها في دار بين أربعة شركاء : باع أحدهم حصته على غير شركائه، فالشفعة فيها (٧) واجبة لشركائه الثلاثة، فلهم ثلاثة أحوال : حال يكونوا حاضرين، وحال يكونوا غائبين، وحال يحضر بعضهم ويغيب (٨) بعضهم.

فأما الحال الأولى (٩) ـ وهو أن يكونوا حاضرين ـ : فلا يخلو (١٠) حالهم من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يطالبوا جميعًا بالشفعة : فيكون الشقص المبيع بينهم أثلاثًا بالسَّويّة (١١) .

والقسم الثاني : أن يَعْفُوا جميعًا عن الشفعة : فتبطل شفعتهم ويبقى الشقص على المشتري .

والقسم

---

(١) ب : (رضى الله عنه)، ج : (رحمه الله عليه) .
(٢) ب : الكيل .
(٣) المختصر : ثان .
(٤) المختصر : ثالث .
(٥) (في ذلك) : لم تثبت في المختصر .
(٦) انظر : المختصر ٨/١٢٠ .
(٧) ساقطة من ب .
(٨) ج : فيغيب .
(٩) أ، ج : (الاولة)، ب : (الاولى) .
(١٠) ب : (فلا يخل)، ج : (فلا يخلوا) .
(١١) وهو إن كانت حصصهم متساوية، فان كانت غير متساوية، ففيه قولان : أحدهما : أنه يقسم بينهم على عدد الرؤوس. والثاني : أنه يقسم بينهم على قدر الأنصباء. (انظر : المهذب ١٤/٣٢٦، والفتح ١١/٤٧٦، والروضة ٥/١٠٠، ور : ص ٥٢٢/أ/١٠ (فصل) .

والقسم الثالث : أَنْ يَعْفُوَ بعضهم ويطالب بعضهم : فيسقط حق العافي ، وللمطالب أن يأخذ جميع الشقص بشفعته (١) .

(٢ فلو عفا اثنان من الثلاثة كان للثالث أن يأخذ جميع الشقص بشفعته ٢) ، وليس له أن يأخذ (٣) ببعض (٤) ، فيأخذ منه قدر حصته ، لِما فيه من تفويق صفقة المشتري (٥) .

فلو قال أحد الثلاثة : قد عفوتُ عن جميع حقي ، / وقال آخر : (١٤٦/أ ـ ب) قد عفوتُ عن بعض (٦) حقي : كان عفوًا عن جميعه ، ولم (٧) يتبعّض العفو ، وكان للثالث أن يأخذ الشقص / كله لعفو شريكه (٨) . (٨٨/ب ـ ب)

ولو قال أحد الثلاثة : قد سلّمتُ حقي لأحدكما دون الآخر ، كان تسليمًا منه (٩) لهما معًا (١٠) ، لأنه عفو ، لا هبة (١١) .

ولو كان الشقص قد أخذه اثنان من الثلاثة لغيبة الثالث عنهما ، ثم قدم الثالث ، فعفا (١٢) عن أحدهما ، وأخذ حقه من الآخر كان له ذلك .

والفرق

---

(١) انظر : المهذب ١٤/٣٢٦ .

(٢) ما بين القوسين من أ ، ولم يثبت في ب ، ج .

(٣) (يأخذ) : من ب ، ساقطة من أ ، ج .

(٤) ب : ببعضه .

(٥) وهو [أيضًا] قول الحنفية والمالكية والحنابلة ، وحكى ابن المنذر الإجماعَ عليه ، لأن في أخذ البعض إضرارًا بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر .

انظر : المبسوط ١٤/١٠٤ ، والبدائع ٦/٢٦٨٤ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٤١ ، والموطأ ٢/٧١٦ ، وبداية المجتهد ٢/١٩٧ ، وأوجز المسالك ١٢/٧١ ، والفتح ١١/٤٨٣ ، والروضة ٥/١٠٢ ، ومغني المحتاج ٢/٣٠٦ ، والمغني ٥/٢٧٢/١٨٠٤ ، والانصاف ٦/٢٧٦ ، وشرح منتهى الارادات ٢/٤٣٩ ، والروض المربع ٢/٢٢٧ ، ور : ص ٥٢٨/ب(١٢/ (فصل) ، وص ٥٤٦/١٤ ـ مسألة .

(٦) ب ، ج : نصف . (٧) ب : ولو .

(٨) انظر : المهذب ١٤/٣٢٦ ، والفتح ١١/٤٨٢ـ٤٨٣ ، والروضة ٥/١٠١ـ١٠٢ .

(٩) (منه) : صححت في "أ" على الهامش .

(١٠) ساقطة من ب .

(١١) انظر : المهذب نفسه . (١٢) أ ، ج : (فعفى) ، ب : (فعفا) .

والفرق بينهما : أنه (١) يكون هاهنا (٢) عـافيًا ، وهناك واهبًا ، والعفو عن الشفعة يصح ، و هبتها لا تصح ٠

أ/١٢ (فصــــل)

وأما الحال الثانية ــ وهو أن يكونوا (٣) جميعًا غـائبـين ــ : فهم علـى حقوقهم مِن الشفعة حتى يَقْدِمُوا ما لم يكن منهــم عَـفْوٌ (٤) ٠

فان ادّعـى (٥) المشـتري على أحد هم العفوَ عن شـفعتـه لم تسمع دعواه ، لأنّ للآخرَيْن أنْ يأخذا (٦) الجميعَ ، فلم يكن لدعواه معنًى ٠ ولكن لو ادّعـى (٧) شـريكان على الثالث منهم العفوَ سُـمِعَت دعواهما عليه لِما فيه من توفر (٨) حقه عليهما ، وأحلف لهما ، ولم تسـمع شهادة المشـتري عليه بالعفو لِما فيها من منعـه عن مطالبته ٠

و لو ادّعـى (٩) المشـتري على الثلاثة كلهم العفوّ كان له إحلافهم ، لأنـهم لَوْ نَكَلُوا ردّت اليمـين عليه وسقط حقهم من الشفعة ٠ فان حلف أحد الثلاثـــة ، وَنَكَلَ اثنان منهم لم ترد أيمانهما على المشـتري بِنُكولِهِمَا ، لأنّ عَفْوَ (١٠) بعض الشـفعاء (١١) / بما لا يوجب (١٢) الترك على المشـتري ، ويأخذه (٣١٥/ج ـ ب) مَنْ لَمْ يَعْفُ ٠ ثم (١٣) لا يُقْضَـى / للحالف بالشفعة في الكُلّ ، إلاّ (١٤٧/أ ـ أ) أن يحلف ، أنّ شَـريكَيْهِ (١٤) قد عَفَوَا ٠ فاذا حلف أخذ كُلّ الشقص ، وإنْ نَكَلَ أخذ منه قدر (١٥) حصته ، وأخذ الناكلان منه قدر حصتهمـا (١٦) ٠

فصــــل

---

(١) ب : ان ٠ — (٢) ب : هناك ٠
(٣) ب : ان يكونا ٠ — (٤) ب : عـفــوا ٠
(٥) أ : (ادعا) ؛ ب ، ج : (ادعى) ٠
(٦) ب : أن يأخذوا ٠ — (٧) أ : (ادعا) ؛ ب،ج : (ادعى) ٠
(٨) ب : توفير ٠ — (٩) أ : (ادعا) ؛ ب،ج : (ادعى) ٠
(١٠) ساقطة من ج ٠ — (١١) ب : الشـركاء ٠
(١٢) (لا يوجب) : من ب ؛ وفي أ ، ج : (يوجب) ٠
(١٣) ساقطة من ب ٠ — (١٤) ب : شـريكـه ٠
(١٥) ب : بقدر ٠
(١٦) أ : (حصته) ، ب : (حصصهما) ، ج : (حصتهمـا) ٠

ب/١٢ (فصـــل)

(*)
فأما الحال الثالثة ــ وهو أن يحضر بعضهم ويغيب بعضهم ــ : فهي مسألة الكتاب (١) .

وصورتها : أن يكون أحد الثلاثة حاضرًا وقد غاب الآخران، فللحاضر أن يأخذ جميع الشقص بالشفعة، وليس له أن يقتصر منه (٢) على قدر حصته، لأنه ممنوع في حق المشتري من تفريق الصفقة (٣) .

فان امتنع الحاضر من أخذ الكُل ، وانتظر بالشفعة قُدُوم شريكيه (٤) ليأخذوها (٥) بينهم بالحصص، ففي بطلان شفعته بذلك وجهان :

أحدهما ــ وهو قول أبي إسحاق المَرْوَزِيّ ــ : أَنَّ شفعته لا تبطل بذلك ليكفى غرم الثمن فيما ينتزع من يده (٦) .

فعلى هذا : إنْ قدم شريكاه، / فطلبا (٧) الشفعة كانت بينهم (٨٩/ب ــ أ) أثلاثًا . وإنْ عَفَوَا ، قيل للأول الحاضر: ليس لك (٨) تفريق الصفقة على المشتري، وأنت بالخيار بين (٩) أخذ الكُل أو (١٠) تركه .

والوجه الثاني ــ وهو الأظهر ــ : أنّ شفعته قد بطلت (١١) ، لأنه كان قادرا

(*) ب، ج : وأما . (١) ر: ص ٥٣٥/١٢ ــ مسألة .
(٢) (منه) : من ب، ساقطة من أ ، ج .
(٣) ب : صفقة .
والحاضر من الشفعاء مخير بين أن يأخذ الكل أو يترك الكل . وهذا محل الاتفاق بين المذاهب الأربعة .
انظر: المبسوط ١٤/١٠٤، والبدائع ٦/٢٦٨٤ــ٢٦٨٥، والموطأ ٢/٧١٦ــ٧١٧، وبداية المجتهد ٢/١٩٧، والفتح ١١/٤٨٥، والروضة ٥/١٠٣، ومغني المحتاج ٢/٣٠٦، والمغني ٥/٢٧٢/١٩٠٤٠، وكشاف القناع ٤/١٤٨، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٣٩ــ٤٤٠، ور: ص ٥٣٦/١٢ ــ مسألة .
(٤) ب : شريكه . (٥) ب : ليأخذوهما .
(٦) انظر: المهذب ١٤/٣٢٦، والفتح ١١/٤٨٥ . وممن قال به أيضًا : الشيخ أبوحامد وابن سريج على ما ذكره الرافعي . (الفتح نفسه) .

قال الشيرازي في تعليل قول أبي اسحق : " لأنه تركه بعذر، وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه . والترك للعذر لا يسقط الشفعة، كما قلنا فيمن أظهر له المشترى ثمنا كثيرا فترك، ثم بان بخلافه " . (المهذب نفسه) .
وهو الأصح من الوجهين عند الرافعي والنووي لما علله الشيرازي . =

قادرًا على الأخذ بها فكَفَّ ٠

فعلى هذا : إنّ قدم الغائبان (*) اشتركا في الشفعة بينهما ٠ وإنْ عَفَوا سقطت الشفعة عن المشتري ، ولا حق فيها للأول لبطلان شفعته ٠

فاذا وضح (١) ما ذكرنا وأخذ الأول الحاضر كُلَّ الشقصِ بالشفعة ، ثم قدم ثان كان له أن يرجع على الأول بنصف ما بيده من الشقص بنصف الثمن / ليكونا في الشقص سواء (٢) ٠ (١٤٧/أ/ب)

فان رضى الثاني أن يقبض مِن الأول على ثُلُث (٣) ما بيده من الشقص — وهو قدر حصته عند اشتراكهم — وامتنع (٤) الأول إلّا أَنْ يُساوِيَه بالنصف أو يَعْفُوَ (٥) ، ففيه وجهان :

أحدهما : أَنَّ القولَ قولُ الأول ويمنع الثاني مِمّا سأل ٠ ويقال له : إمّا أن تأخذ النصف أو تَعْفُوَ (٦) كما (٧) يمنع الأول مع المشتري من ذلك ٠

والوجه الثاني : أَنَّ القولَ قولُ الثاني ، وله أَنْ يقتصر على الثلث ، و يجبر

——————

= (انظر : الفتح ١١ /٤٨٥ ، والروضة ٥ /١٠٣) ٠

(٧) ب : فطلب ٠
(٨) ساقطة من ج ٠
(٩) ب : من ٠
(١٠) ج : و ٠
(١١) وممن قال به : أبو علي بن أبي هريرة ٠ (انظر : المهذب ١٤ / ٣٢٦) ٠

——————

(*) ب : (الغائب) ، وجاء بعدها : (ان) ٠

(١) ج : صح ٠
(٢) انظر : الفتح ١١ /٤٨٥ ، والروضة ٥ /١٠٣ ٠
(٣) ساقطة من ج ٠
(٤) ب : فامتنع ٠
(٥) ب ، ج : يعفوا ٠
(٦) ب : تعفوا ٠
(٧) (كما) : من ب ؛ أ ، ج : (عما) ٠

ويُجْبَرُ الأول عليه بخلاف الأول مع المشتري (١)، لأن (٢) للمشتري صفقة يمنع من تفريقها عليه (٣)، وليس للأول صفقة تفرق عليه. وإنما هو عفو عن بعض ما استحق عليه (٤).

فاذا وضح ما ذكرنا، وأخذ الثاني من الأول نصف الشقص (٥) بنصف الثمن، ثم قدم الثالث، كان له أن يأخذ من كل واحد من الأول والثاني ثلث ما بيده (٦) بثلث الثمن، وهو سدس الكل، فيصير الشقص حينئذ بينهم أثلاثًا. وعهدة جميعهم على المشتري (٧)، لأن الشفعة مستحقة لجميعهم عليه، و (٨) ليس أخذ بعضهم من بعض ما يدل على استحقاق الشفعة على المأخوذ منه (٩).

فعلى هذا: لو أن الثالث عفا (١٠) عن شفعته استقرّت للأول والثاني بنصفين. ولو عفا (١١) الثاني وطالب الثالث حصلت (١٢) بينهما نصفين. / (٣١٦/جـ-أ)

فصل

---

(١) ساقطة من ج.
(٢) ب: ولأن.
(٣) ب: عنه.
(٤) والأظهر من الوجهين هو الثاني، كما ذكره الرافعي، وقال عنه النووي: وله أخذ الثلث على الأصح.
انظر: الفتح ١١/٤٨٦، والروضة ٥/١٠٤.
(٥) ب: الشفعة.
(٦) ب: في يده.
(٧) يعني أنه لو خرج الشقص مستحقا بعد الترتيب المذكور، فعهدة جميعهم على المشترى، وهو قول العراقيين. (الروضة ٥/١٠٣).
وذكر فيها الرافعي والنووي وجهين: أحدهما: ما قاله المصنف. والثاني – وهو الأظهر على ما ذكره الرافعي، وقال عنه النووي: وهو الأصح –: أن رجوع الأول على المشتري، فيسترد منه كل الثمن، ورجوع الثاني على الأول، فيسترد منه النصف، ورجوع الثالث على الأول والثاني، يسترد من كل ما دفع اليه. (انظر: الفتح ١١/٤٨٥-٤٨٦، والروضة ٥/١٠٣-١٠٤).
(٨) (و): من ب؛ ساقطة من أ، ج.
(٩) ساقطة من ج. (المأخوذ منه): هو المشترى. (الروضة ٥/٧٤).
(١٠) أ، ج: (عفى)؛ ب: (عفا).
(١١) أ: (عفى)؛ ب، ج: (عفا).
(١٢) ب: جعلت.

ج ١٢/ (فصـــل)

وإذا أخذ الشقص أحد الشفعاء الثلاثة عند غيبة الآخَرَيْن، (١ ثم قدم أحد الغائبَيْن، فصالح الحاضرَ على ثُلُثِ الشقص، وسلّم له بالثلثين، فذلك جائـز(٢)، ولا يكون إبراءً لما ذكرنا ١)(٣). فاذا قدم الغائبُ الآخـرُ، ففيـه وجهـان: / (٨٩/ب ـ ب)

أحدهما: أنه يرجع على الأول الذى / بيده الثلثان، فيأخذ (١٤٨/أ ـ أ) نصف ما بيده، وهو الثلث، فيصير الشقص بينهم أثلاثًا لِيَكُونُـوا في الشفعة سـواءً (٤). ولا يكون لعفو الأول من القادمـين تأثـير غير تأخير حـق الثانـي علـى الحاضـر.

والوجه الثاني ـ وهو قول ابن سريج ومحمد بن الحسـن(٥) ـ : أن الشقص يكون بينهم على ثمانية عشـر سَهْمًا: أربعة منها للعافي، وسبعـة لكل واحد من الآخريـن (٦).

و وجـه

(١) ما بين القوسين من ب. و لم يثبت في أ، ج.

(٢) وفيه وجهان على ما ذكره الرافعي في "فتح العزيز" (١١/٤٨٦): "أحدهما: لا يجوز له ذلك كما لا يجوز للأول أن اقتصر على أخذ الثلث. (وأظهرهما): نعم، لأن أخذه الثلث لا يفرق الحق على الأول، إذ الحق ثبت لهم أثلاثًا وبأخذ الأول الثلث تفرق الصفقة على المشتري." وتابعه على ذلك النووي في "الروضة" (٥/١٠٤).

(٣) ر: ص ٥٣٩/ب/١٢ (فصل).

(٤) انظر: الفتح ١١/٤٨٧، والروضة ٥/١٠٤-١٠٥.

(٥) لم أقف على ما نسبه المؤلف إلى محمد بن الحسن فيما اطلعت عليه في مظانه من كتب الحنفية.

(٦) وهو قول الأكثرين، ونقلوه عن ابن سريج على ما ذكره الرافعي والنووي. وقال عنه النووي: إنه الأصح. (انظر: الفتح ١١/٤٨٧، والروضة ٥/١٠٥).

ووجه ذلك : أَنَّ العافي لَمّا صالح على الثلث صار تاركًا لثلث حقه ، لأنه كان مستحقًا للنصف ، فاقتصر على الثلث ، فصار الشقص بينهما على ثلاثة أسهم : سهم للعافي ، وسهمان للحاضر الأول . فَلَمَّا قدم الثالث استحق ثلث ما بيد العافي ، وهو ثلث سهم ضم (١) إلى السَّهْمَيْن الذَّيْن مع الأول يصير سهمين وثلثا سهم (٢) ، (٣ فيكون بينهما ، فيصير لكل واحد منهما (٤ سهم وسدس ٤) ، فتضرب في مخرج السدس ـ وهو ستة ـ لتصح السهام ٣) ، فتكون ثمانيةَ عشرَ سهما . كان للعافي ثلثا سهم في (٥) ثلثة يضرب له في ستة فيكون له أربعة أسهم من ثمانية عشر سهما (٦) ، وكان لكل واحد من الآخرين سهم وسدس من ثلاثة يضرب (٧) له في ستة ، فتكون له سبعة أسهم وللآخر مثلها .

وكلا (٨) الوجهين عندي مدخول . والصحيح أن يكون الشقص بينهم على تسعة أسهم : سهمان للعافي ، وثلاثة أسهم للآخر (٩) ، وأربعة أسهم للمعفو عنه .

ووجه ذلك : أن العافي لما صالحه على الثلث صار الشقص بينهما / (١٤٨/أ ـ ب) على ثلاثة أسهم : سهم للعافي ، وسهمان للمعفو عنه . فاذا قدم الغائب الآخر ، فله أن يرجع على العافي بثلث ما بيده . لأن له ثلث الشفعة ، فيكون له (١٠) ثلث سهم ، ويرجع على المعفو عنه بثلث ما بيده من السهمين ، فيكون

---

(١) ب : اضم .
(٢) (سهم) : من ب ؛ ولم تثبت في أ ، ج .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٤) ب : سهما وسدسا .
(٥) ب : من .
(٦) ساقطة من ب .
(٧) ب ، ج : مضروب .
(٨) أ ، ج : (كلى) ، ب : (كذى) ، والصواب هو المثبت .
(٩) أ : (للأخير) ؛ ب ، ج : (للآخر) .
(١٠) (له) : من ب ، ساقطة من أ ، ج .

فيكون ثُلُثَـى سـهم، فيصير جميع ما أخذه منهما (١) سهمًا واحدًا •
و يبقى على العافي (٢ ثلثا سـهم ٢)، و (٣) على المعفوعنه سهم وثلث•
فاضرب ذلك في مخرج الثلث، — وهو ثلاثة — فيكون (٤) (٥ تسعة
أسـهم: للعافي منها (٦) سهمان، لأن له ثلثـى سـهم في ثلاثة ٥)، وللآخر
منها (٧) ثلاثة أسـهم، لأن له سـهمًا (٨ في ثلاثة، و للمعفوعنه أربعة
أسـهم، لأن له سـهمًا وثُلُثًا ٨) في ثلاثة، ولم يجز أن يكون الآخر (٩)
مساويًا للمعفوعنه،/ لأنه غير مقصودٍ بالمُحاباة (١٠) (١١ والعفو• (٩٠/ب ـ أ)
والله أعلم ١١) (١٢) •

مســألـة

(١) ج : منها •

(٢) أ، ج : (ثلاثة أسهم)، ب : (ثلثا سـهم) •

(٣) ساقطة من ب •

(٤) أ، ج : (يكن)، ب : (فيكون) •

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج •

(٦) ب : منه •

(٧) ب : منهما •

(٨) ما بين القوسين ساقط من ج •

(٩) ج : الأخير •

(١٠) ب : للمحاباة •

(١١) ما بين القوسين ساقط من ج •

(١٢) ب : والله تعالى أعلم •

١٣ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله (١) : ولو كان الاثنان (٢) اقتسما كان للثالث نقض (٣) قسمتهما (٤) ٠

وهذا كما قال : إذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء ، فحضر اثنان، فأخذا الشقص بينهما لغيبة الثالث مُنِعَا مِن قسمته، لأن في الشقص حقاً لشريكهما الغائب مع السهم الذى له (٥) بقديم ملكه٠ فان اقتسماه كانت القسمة باطلة لِمَا ذكرناه (٦) ٠ / (٣١٦/ج ـ ب)

فلو حضر الغائب ، فعفا عن الشفعة لم تصح القسمة المتقدمة لفسادها ٠

ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بقديم / (١٤٩/أ ـ أ) الملك ، وما أخذاه بحادث الشفعة لم يمنعا من ذلك لحق (٧) الغائب ٠

وهكذا : لو أرادا (٨) أن يبيعا ما أخذاه بالشفعة دون ما كان لهما بقديم الملك لم يمنعا ٠ وإنما كان كذلك ، لأن الغائب قادر على أخذه بأيّ العقدين (٩) شاء ٠

فاذا قدم الغائب، وقد باع الحاضران ما أخذاه بالشفعة، فهو بالخيار بين

---

(١) ب : (رضى الله عنه) ، ج : (رحمه الله عليه) ٠
(٢) ب : الابنان ٠
(٣) ب : بعض ٠

(٤) انظر: المختصر ١٢٠/٨ ٠

(٥) ساقطة من ب ٠
(٦) ب : (ذكرناه)، أ ، ج :(ذكرنا) ٠
انظر : الفتح ٤٨٦/١١، والروضة ١٠٤/٥ ٠
(٧) ب : على ٠
(٨) ج : أراد ٠

(٩) ج : العبدين ٠

بين أن يأخذ بالشفعتين وبين أن يأخذ بالأولى (١) و يعفو (٢) عن الثانية ، وبين أن يأخذ بالثانية ويعفو (٣) عن الأولى (٤) .

فان أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ بالأولى (٥) ثلث الشقص (٦ و بطل البيع فيه ، وأخذ بالثانية نصف الباقي - وهو ثلث الشقص ٦) ، لأنه أخذ شفعتين ، فيحصل (٧) له ثلثا الشقص بالشفعتين . و إنْ أراد أن يأخذ بالشفعة الثانية ، ويعفو (٨) عن الأولى (٩) صحّ (١٠) البيع في الجميع ، وأخذ نصف الشقص (١١) كله ، لأنه أحد الشفعتين . وإنْ أراد أن يأخذ بالشفعة الأولى (١٢) ويعفو (١٣) عن الثانية أخذ ثلث الشقص ، (١٤ لأنه أخذ ثلث الشفعة ١٤) ، (١٥ ~~لأنه أخذ ثانية~~ (*) وبطل فيه البيع وصحّ للمشتري ثلثا الشقص .

فان باعا ما كان لهما بقديم الملك ما أخذاه بحادث الشفعة ١٥) :

فان أحبّ أن يأخذه بشفعته الثانية (١٦) صحّ البيع في الكل و (١٧) كان له أخذ الجميع بها ، لأنه شفيع واحد . وإنْ أراد أن يأخذه بالشفعتين أخذ ثلث الشقص بشفعته الأولى (١٨) ، و بطل فيه البيع وصح في ثلثيه فيما كان لهما بقديم الملك و أخذهما (١٩) بشفعته (٢٠) الثانية . / (٩٠/ب - ب) .

مسألة

(١ ، ٤ ، ٥ ، ٩ ، ١٨) : (الأولى) : في جميع النسخ : (الأولة) .
(٢ ، ٣ ، ٨ ، ١٣) : ب ، ج : يعفوا .
(٦) ما بين القوسين تكرر في ب .
(٧) أ ، ج : (فغصل) ، ب : (فيحصل) .
(١٠) ب : فسخ .
(١١) ج : الشفعتين .
(١٢) ساقطة من أ ، ج ؛ والمثبتة من ب : (الأولة) .
(١٤) ما بين القوسين ساقط من ب .
(١٥) ما بين القوسين ثبت في ب ، ولم يثبت في أ ، ج .
(١٦) ساقطة من ج .
(١٧) ساقطة من ج .
(١٩) ب : أخذها .
(٢٠) أ : (بشفعة) ؛ ب ، ج : (بشفعته) .

(*) قوله (لأنه أخذ ثانية) : مشطوب على رأى فضيلة المناقش الدكتور أحمد علي طه ريان . (المحقق) .

١٤ ـ مسـألـة

قال الشافعي رحمه الله (١) : فان سَلّم بعضهم لم يكن للبعض (٢) إلاّ أخذ / الكُلّ أو الترك (٣) • (١٤٩/أ ـ ب)

و هذا كما قال: لا يجوز للشفعاء أن يُفَرِّقوا صفقة المشتري عليه • لأنه لا يجوز أن يرفعوا عن أنفسهم ضررًا بادخال مثله من (٤) الضرر •

فاذا عفا أحد الشفعاء (٥ الثلاثة كان للآخرَيْن أن يأخذا جميع الشقص أو يَعْفُوَا عنه • ولو عفا الاثنان ٥) كان للآخر أن يأخذ جميعه (٦) أو يعفو عنه (٧) •

فلو أخذها الحاضر من الثلاثة، ثم ردّها بعيب كان لمن قدم من الغائبين أن يأخذ الكُلّ أو يذر (٨) • لأن (٩ ردّ الحاضر بالعيب كالعفو عن الشفعة ٩) •

فلو كان الشفيع واحدًا أخذ جميع الشقص أو يَعْفُو (١٠) عنه (١١) وقد ذكرنا ما يكون عَفْوًا (١٢) •

فأما إنْ ضمن الشفيعُ عن المشتري ثمن (١٣) الشقص للبائع بأمر المشتري، صحّ الشراء (١٤) ولزم الضمان، و كان (١٥) الشفيع على شفعته، ولا يكون ضمانه

---

(١) ب :(رضى الله عنه) ، ج : (رحمه الله عليه) •
(٢) المختصر : لبعض •
(٣) انظر: المختصر ٨/١٢٠ •
(٤) ب : في •
(٥) ما بين القوسين ساقط من ج •
(٦) ب : جميع ذلك •
(٧) قد حكى ابن المنذر الإجماعَ عليه • (انظر: المغني ٥/٢٧٢/ ٤٠١٨ ؛ و قد مضت فيما سبق الإشارة إلى ذلك • ر : ص٥٣٦/١٢ ـ مسألة، رقم الهامش ٥) •
(٨) انظر: الفتح ١١/٤٨٦، والروضة ٥/١٠٤ •
(٩) ما بين القوسين غير واضح في ب •
(١٠) ب : عفا • (١١) ساقطة من ب •
(١٢) ر : ص ٤٦١/أ/٣ (فصل) •
(١٣) ساقطة من ج • (١٤) ج : الشرى •
(١٥) ب : فكان •

ضمانه للثمن تسليمًا للشفعة ٠

و هكذا : (١) لو ضمن الشفيع عن البائع درك (٢) المبيع للمشتري بأمر البائع أو بغير أمره، صح الشراء (٣) ولزم الضمان ٠ وكان الشفيع على شفعته، ولا يكون ذلك تسليمًا للشفعة (١) ٠

و هكذا : لو شرط البائع خيار الشفيع (٤)، فاختار الشفيع إمضاء البيع، كان له الشفعة (٥) .

و قال أبوحنيفة : لا شفعة للشفيع / في هذه المواضع (٣١٧/جـ أ) الثلاثة ٠ ويكون ذلك تسليمًا منه لها ، لأن البيع به قد تم وكأنه (٦) هو البائع (٧) ٠

و هذا خطأ ٠ لأن شفعة الشفيع مستحقة بتمام البيع ٠ فاذا فعل ما يتم به البيع كان أولى أن (٨) تجب له الشفعة ٠ / (١٥٠/أ ـ أ)

فعلى هذا : لو ضمن الثمن فطالبه البائع به فغرمه له، ثم أخذ الشقص بالشفعة، نظر :

فان كان ضمانه للثمن بأمر المشتري ، فقد برئ الشفيع مما (*) استحقه المشتري عليه بالثمن ٠ لأنه قدم (٩) تعجيله عنه إلى البائع ٠

وإنْ كان ضمانه للثمن بغير أمر المشتري لم يبرأ مما (١٠) استحقه المشتري عليه من الثمن ،لأنه تطوع بغرمه للبائع ويحكم عليه (١١) بدفعه ثانية إلى المشتري ٠

و ان

---

(١) ما بين القوسين تكرر في ب ٠
(٢) قوله (دَرَك) : هو الثمن عند الاستحقاق ٠ وقد سبق التعريف عليه ٠ (ر: ص ٤٩١، رقم الهامش ١١) ٠
(٣) ج : الشرى ٠ (٤) ساقطة من ج ٠
(٥) رأى الحنابلة في ذلك كالشافعية ٠ (انظر: المغني ٥/٢٨٣/ ٤٠٣٨) ٠

(٦) أ : (مكانه)، ب : (وكأنه)، ج : (فكأنه) ٠
(٧) انظر: البدائع ٦/٢٧٠٧، والهداية ٩/٤١٨، والاختيار ٢/٤٧، وتبيين الحقائق وحاشيته للشيخ شهاب الدين ٥/٢٥٨ـ٢٥٩، وحاشية ابن عابدين ٦/٢٣٦ ٠
(٨) ساقطة من ج (*) ب : فيما ٠ (٩) ج : قدوم ٠
(١٠) ج : ما ٠ (١١) ساقطة من ب ٠

وإنْ(١) كان الشفيعُ ضمن / للمشتري درك المبيع، ثم أخذ (٩١/ب ـ أ) منه الشقص بشفعته، ثم استحق من يده لم يرجع على المشتري بعهدته، لأن للمشتري(٢) ـ لو استحق من يده ـ أن يرجع على الشفيع بعهدته.

أ/١٤ (فصل)

إذا(٣) وَكّلَ الشفيع في الشراء(٤)، فاشترى لموكله، وجبت له الشفعة فيما اشتراه(٥)، وبه قال أبو حنيفة(٦).

ولو وُكِّلَ في البيع، فباع لموكله، وجبت له الشفعة فيما باعه(٧).

وقال

---

(١) ب : ولو.

(٢) جاء بعده في ب : (ان).

(٣) ب : فاذا.

(٤) ج : الشرى.

(٥) انظر: الفتح ٤٣٤/١١، والروضة ٧٩/٥.

(٦) انظر : الهداية ٤١٧/٩ ـ ٤١٨، والاختيار ٤٧/٢، وتبيين الحقائق ٢٥٦/٥.

(٧) وفيه وجهان: أحدهما: ما ذكره المصنف، وهو الأصح وقول الأكثرين كما ذكره النووي. والثاني: لا شفعة له. (انظر: الفتح ٤٣٤/١١، والروضة ٧٩/٥، ومغني المحتاج ٣٠٩/٢، ونهاية المحتاج ٢١٩/٥).

وإلى قول الشافعية ذهب الحنابلة. (انظر: المغني ٢٨٢/٥ ـ ٢٨٣/ ٤٠٣٧، والإنصاف ٢٧١/٦).

وقال أبوحنيفة : لا شفعــة لـه(١) •

فأوجبها فيما اشتراه، ولم يوجبها فيما باعـه •

وهذا خطأ لثلاثة أمـور :

أحدها : أن البيع يتم ببائعٍ ومشترٍ(٢)، ثم لم يمنع كَوْنُهُ مشـتريًا لغيره من ثبوت شـفعته، (٣) وجب أن لا يمنع كَوْنُهُ بائعًا لغيره من ثبوت شفعته ٣).

والثاني : أن وجوب الشفعة بعد إبرام البيع، فلم يعتبر ما (٤) تقدمه كالعفو•

والثالث : أن بيعه حرص منه على ثبوت شـفعتـه •

فاذا ثبت هذا، وكانت(٥) دار بين شـريكين، فوكل أحدهما شـريكـه، أن يبيع نصف حصته / مع نصف حصة نفسـه، فباع الوكيل نصف الدار صفقـة واحدة(٦) : ربعها لنفسـه، وربعها لموكله؛ فللوكيل أن يأخذ لنفسـه بالشفعة ما باعـه لموكله، وهو الربع• (٧ وللموكل أن يأخذ لنفسـه بالشفعة ما باعـه وكيله ٧)(*)، و(٨) ليس لشـريك ثالث - إنْ كان - (٩) أن يفـرّق(١٠) الصفقة بشفعته، فيأخذ(١١) إحدى الحصتـين دون الأخرى، لأن البائع واحــد • وقيل : إما أن تأخذ الكُلَّ بشـفعتك أو تذر •

فصـــل

---

(١) والأصل فيه على ما ذكره المرغيـنـاني من فقهاء الحنفية، هو : " أن مَن باع أو بيع له لا شفعة له، ومن اشـترى أو ابتيع له فله الشفعة، لأن الأول بأخذ المشـفوعة يسـعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع، والمشـتري لا يُنقض شـراؤُه بالأخذ بالشـفعة، لأنه مثل الشـراء " • (الهداية ٩/١٧ ٤- ٤١٨، وانظر: الاختيار ٢/٤٧، وتبيين الحقائق ٥/٢٥٩) •

(٢) ب : مشـترى •

(٣) ما بين القوسين ساقط من ج •

(٤) (ما) : صححت في أ بين السطور •

(٥) ب : فكان •

(٦) ساقطة من ب •

(٧) ما بين القوسين ساقط من ج •

(*) انظر: الفتح ١١/٤٣٥، ٤٨٩، والروضة ٥/٧٩، ١٠٦ •

(٨) ساقطة من ج •

(٩) ب، ج : لو كان •

(١٠) ب : يخرق •

(١١) ب : فأخذ •

ب/١٤ (فصـــل)

فأما (١) ولي اليتيم، ووصي الميت، إذا باعا بالولاية ما هما شفيعان فيه، ففي شفعتهما وجهان :

أحدهما : أن الشفعة لهما فيه كالوكيل .

والوجه الثاني : أنه (٢) لا شفعة لهما بخلاف الوكيل (٣) .

والفرق بينهما وبين الوكيل : أنّ الوكيل ينوب عن حَيٍّ جائز التصرّف يقدر على استدراك ظلامته (٤) (٥ بأن جَرّ نَفْعًا إلى نفسه، والوصي والولي بعد ما مات مسببا (لا)(*) يقدر على استدراك ظلامته ٥) .

فصـــل

---

(١) ب، ج : وأما .

(٢) ب : ان .

(٣) وهو أصح الوجهين على ما ذكره الرافعي والنووي، لأنه لو تمكن منه، لم يؤمن أن يسامح في الثمن . (انظر : الفتح ١١/٤٣٣-٤٣٤ والروضة ٥/٧٩) .

قال النووي : " ولو اشترى شقصًا للطفل وهو شريك في العقار، فله الشفعة على الصحيح، إذ لا تهمة . وقيل : لا، لأن في الشراء والأخذ تعليق عهدة الصبيّ من غير نفع له . وللأب والجد الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين، سواء باعا أو اشتريا لقوة ولايتهما وشفقتهما، كما (له) بيع ماله لنفسه " . (الروضة ٥/٧٩) .

(٤) قال الرافعي عن الفرق بين الوكيل والوصي :

" لأن الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك إنْ عثر على تقصير من الوكيل، والصبي عاجز عن ذلك فَيُصَانُ حقه عن الضياع " . (الفتح ١١/٤٣٤، وانظر : الروضة ٥/٧٩) . ورد لعدم ثبوت الشفعة للوصي فيما باعه بالولاية .

(٥) ما بين القوسين من ب ؛ ولم يثبت في أ، ج .

(*) (لا) : ساقطة من النسخ جميعها، وباثباتها يستقيم المعنى كما دل عليه تعليل الرافعي تحت رقم ٤ .

ج/١٤ (فصــــل)

وإذا (١) [اشترى] العامل / في القراض (٢) شقصًا من دارٍ للعامل (٣١٧/ج ـ ب) فيها (٣) حصة بقديم ملك، ولرب المال (٤) فيها حصة بقديم ملك، فللعامل ورّب المال ٤) (٥) أن يأخذا (٦) الحصة المشتراة في القراض بشفعتهما (٧)، لأن مال القراض يتميز عن أموالهما. فان عفوا عنهما

---

(١) ب : فاذا .

(٢) قوله (القِراض) ـ بكسر القاف ـ : هو في اللغة مشتق من القَرْض، وهو القطع، سُمّي بذلك، لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح . والقرض في الأرض، هو قطعها بالسير فيها، ومنه المقارضة. وكذلك هي المضاربة أيضًا من الضرب في الأرض طلبا للربح .
(انظر: الصحاح ١٦٨/١، ٣/١١٠١ـ١١٠٢، واللسان ١/٥٤٤، ٢١٦/٧ ؛ مادتي " ضرب " و " قرض ") .

قال النووي في تعريف القراض: " القراض والمقارضة والمضاربة بمعنى. وهو أن يدفع (المالك) مالاً إلى شخص يتجر فيه والربح (مشترك) بينهما " . (الروضة ١١٧/٥ ـ كتاب القراض ـ) .

يرجع في أحكام القراض إلى (المبسوط ٢٢/٣٠٩ وما بعدها، والبدائع ٣٨٥٧/٨ وما بعدها، والخرشي ٦/٢٠٢ وما بعدها،

والروضة ١١٧/٥ وما بعدها، ومغني المحتاج ٢/٣٠٩ وما بعدها، والمغني ١٩/٥ وما بعدها، وكشاف القناع ٣/٥٠٧ وما بعدها، وشرح منتهى الارادات ٣٢٦/٢ وما بعدها) .

(٣) ب : فيه .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٥) ب : رب العامل .

(٦) ب، ج : يأخذ .

(٧) هذا إذا كان لعامل القراض حصة فيها، أما " لو اشترى بمال القراض شقصًا من عقار فيه شركة لرب المال، ففي ثبوت الشفعة له وجهان عن ابن سريج: أصحهما: المنع، والوجه الثاني: أنّ مال القراض كالمنفرد عن ملكه لتعلق حق الغير به ويجوز أن يثبت له على ملكه حق " .

(انظر: الفتح ٤٩٩/١١، والروضة ١١٢/٥) .

عنها، ثم اشترى العامل من الدار حصة ثانية، فشفعة (١) / (٩١/ب ـ ب) هذه (٢) الحصة الثانية أثلاثًا: ثلثها لرب المال، وثلثها للعامل، وثلثها في القِراض.

فلو كان في الدار حصة رابعة لأجنبي، كان له ثلث الشفعة، لأنهم ثلاثة. ثم يكون الثلثان الباقيان على ثلاثة (٣): ثلث (٤) / (١٥١/أ ـ أ) لرب المال، وثلث للعامل، وثلث للقراض (٥)، فتصير (٦) شفعة (٧) الحصة على تسعة (٨) أسهم: ثلاثة منها ـ وهي الثلث ـ للأجنبي، والستة الباقية أثلاثًا: كُلُّ ثلثٍ منها سهمان لمن (٩) ذكرنا (١٠).

مسألة

(١) ج: فشفعته.
(٢) ساقطة من ب.
(٣) جاء بعدها في ب: (أضرب).
(٤) ساقطة من ج.
(٥) ج: في القراض.
(٦) (فتصير): من ج؛ ساقطة من أ، وفي ب: (فتتميز).
(٧) (شفعة): من ب؛ أ، ج: (منفعة).
(٨) (تسعة): من ب، ج؛ وفي أ: (ثلاثة).
(٩) ب: لما.
(١٠) جاء بعدها في ج: (والله أعلم).

١٥ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله(١) : و كذلك لو أصابها هدم مِن السماء : إمّا أَخَذَ الكُلَّ بالثمن و إمّا تَرَكَه(٢)(٣) .

و صورتها في رجل اشترى شقصًا من دارٍ، فانهدمت بجائحة أو جناية ؛ أو شقصًا مِن أرض، فأخذ السيل بعضها .

فالذى نقله المزني هاهنا ـ وقاله الشافعي في (٤) كتاب التفليس (٥) من كتبه الجديدة ـ: إنّ الشفيعَ مخير بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن أو يدع .

و قال الشافعي رضى الله عنه (٦) في القديم : إنَّ الشفيعَ يأخذ الباقي بحصته مِنَ الثمن (٧) .

واختلف(٨) أصحابنا في اختلاف هذين النقلين على خمسة مذاهب (٩) :

أحدها ـ وهو قول أبي الطيب بن سلمة (١٠) وأبي حفص بن الوكيل (١١) ـ: أنَّ المسألةَ لاختلاف النقلين على قولين :

أحدهما

---

(١) ب : (رضى الله عنه) ، ج : (رحمه الله عليه) .
(٢) ب ، المختصر : ترك .
(٣) انظر: المختصر ٨/١٢٠ .
(٤) (الشافعي في) : ساقطة من ب .
(٥) انظر : الأم ٣/١٩٩ ، والمختصر ٨/١٠٢ .
" كتاب التفليس " : من جملة كتاب الأم للشافعي رحمه الله .
(٦) (رضى الله عنه) : من ب .
(٧) انظر: المهذب ١٤/٣١٠ـ٣١١ ، والفتح ١١/٤٥٣، والروضة ٥/٨٩ .
(٨) ب : فاختلف .
(٩) انظر: المهذب نفسه، والوجيز وشرحه فتح العزيز ١١/٤٥٢ـ٤٥٣، وما بعدها، والروضة نفسها .
(١٠) هو محمد بن الفضل بن سلمة بن عاصم، أبو الطيب، البغدادى، واشتهر بأبي الطيب بن سلمة . من متقدمي فقهاء الشافعية وأئمتهم، من أصحاب الوجوه. توفي سنة (٣٠٨ هـ) . (انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشيرازى، ص١٠٩ ، وتهذيب الأسماء ٢/القسم الأول/٢٤٦ـ٢٤٧/٣٧١، والأعلام ٧/٣٢٧ ـ وفيه: محمد بن المفضل ـ ، ومعجم المؤلفين ١١/١٢٨) .
(١١) تقدمت ترجمته . (جـ١، ص ٢٤٩) .

أحدهما : أنه يأخذ الباقي بجميع الثمن كالعبد المبيع : ـ إذا ذهبت(١) عينه في يد البائع بجائحة أو جناية كان للمشتري إذا اختار الإمضاء أن يأخذه بجميع الثمن ـ ، كذلك حال الشفعة(٢) .

والقول الثاني : أنه(٣) يأخذ الباقي بحصته من الثمن ، لأن ما تناولته الصفقة بالثمن (٤) مُقَسَّطٌ على أجزائه ، كما لو اشترى مع الشقص سَيْفًا أخذه بحصته من الثمن(٥) .

والمذهب الثاني ـ وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق / المروزي ـ : أنه(٦) يأخذ الباقي بحصته من الثمن قولاً (١٥١/أ ـ ب) واحداً .

ونَسَبَا المزني إلى الغلط فيما نقله في هذا الموضوع، لأنه لا يُعْرَفُ للشافعي في شيءٍ من منصوصاته ، وإنما رَدّ على أهل العراق قولهم : إنّ ما انهدم بغير فعله أخذه بجميع الثمن ، وما انهدم بفعله أو فعل غيره أخذه(٧) بحصته من الثمن (٨) .

فغلط

---

(١) ج : هبت .
(٢) انظر: الفتح ١١/٤٥٣، والروضة ٥/٨٩ .
(٣) (أنه) : من ب ؛ وفي أ، ج : (ان) .
(٤) ج : فالثمن .
(٥) ر : ص ٦١٥/٢٣ ـ مسألة .
صحح الشيرازي المذهب الأول ، كما صحح القول الثاني من القولين ، وقال الرافعي عن القول الثاني : وهو الأصح .
انظر: المهذب ١٤/٣١٠، والفتح ١١/٤٥٣ .
(٦) ج : له .
(٧) ب : أخذ .

(٨) وهو قول الحنفية ، حيث قالوا : إذا انهدم بآفة سماوية ، فالشفيع مخير بين أن يأخذ الشقص بجميع الثمن أو يتركه ؛ وإذا انهدم بفعل المشتري أو أجنبي تسقط حصته من الثمن ـ كما ذكره المؤلف ـ ، لأنه صار مقصوداً بالإتلاف ، فصار له حصة من الثمن .
انظر: البدائع ٦/٢٧٣٦ ، ومجمع الأنهر ٢/٤٧٩، والفتاوى الهندية ٥/١٨٠ .

فغلط المزني في (١) قول الشافعي إلى قول أهل العراق، كما غلط في (٢) قول الشافعي إلى قول مالك فيما (٣) حكاه في (٤) كتاب الأيمان والنذور، إذا حلف على غريمه أن لا يفارقه / (٩٢/ب ـ أ) حتى يستوفي حقه منه (٥)، فأخذ (٦) منه بحقه عَرَضًا؛ أنه إنْ كان بقيمة الحق أو أكثر لم يحنث، و إنْ كان أقل حنث (٧)، فغلط؛ وإنما ذلك قول مالك (٨)، كذلك هاهنا .

و فرّقا (٩) بين الشفعة / والفَلَس بفرقٍ مضى (٣١٨/ج ـ أ) في كتاب التفليس (١٠) .

ــــــــــــــــــــــ والمذهب

(١) ب : من .

(٢) ب : من .

(٣) أ : (في ما)؛ ب، ج : (فيما) .

(٤) ج : عن .

(٥) ب، ج : منه حقه .

(٦) ب : فأخذه .

(٧) انظر : المختصر ٨/٢٩٥ (مختصر الأيمان والنذور ... ـ باب من حلف على غريمه لا يفارقه حتى يستوفى حقه) .

(٨) انظر : المدونة ٢/١٤٢ (كتاب النذور الثاني) تحت عنوان: " في الرجل يحلف لغريمه ليقضينه حقه فيقضيه نقصانا " .

(٩) ج : و فرق .

(١٠) (التفليس) : من ج؛ و في أ، ب : (الفلس) .

والمذهب الثالث ــ وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ــ : أنه (١) محمول على اختلاف حالين : فالموضح (٢) الذى يأخذه بكل الثمن إذا ذهبت الآثار، وكانت أعيان الآلة والبناء باقية ؛ والموضح الذى يأخذه (٣) بحصته من الثمن، إذا كانت أعيان الآلة والبناء تالفة (٤) .

والمذهب الرابع : أنه على اختلاف حالين من غير هذا الوجه : فالموضع الذى يأخذه بكل الثمن، إذا كان هدمه (٥ بفعل آدمي ؛ والموضح الذى يأخذه بحصته من الثمن، إذا كان هدمه ٥) بجائحة سماوية، لأنه في هدم الآدمي قد يرجع عليه بأرش النقص . فلذلك (٦) أخذها بجميع / الثمن، (١٥٢/أ ــ أ) وفي جائحة السماء ليس يرجع بأرش النقص . فلذلك أخذه (٧) بحصته من الثمن (٨) . وهذا المذهب ضد ما عليه أهل العراق .

والمذهب الخامس : أنه على اختلاف حالين من غير هذا الوجه : فالموضح الذى يأخذه بكل الثمن إذا كانت العرصة باقية، وإن تلفت الآلة ؛ والموضح الذى يأخذه بحصته من الثمن إذا (٩) ذهب بعض العرصة بسيل (١٠) أو غرق، لأن العرصة مقصودة والآلة تبع (١١) (١٢) .

مسألة

---

(١) ب : بأنه . (٢) (فالموضح) : غير واضحة في ب .

(٣) ب : يأخذ .

(٤) انظر : المهذب ١٤/ ٣١٠ــ٣١١ .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج (٦) ب : فكذلك .

(٧) ب : أخذها .

(٨) انظر : المهذب ١٤/ ٣١١، والفتح ١١/ ٤٥٣، والروضة ٥/ ٨٩ .

(٩) ساقطة من ب . (١٠) ب : بسيال .

(١١) انظر : المصادر نفسها .

(١٢) جاء في " ج " بعد لفظة (تبع) : (والله أعلم بالصواب) . ثم قال الناسخ :

" تم المجلد الرابع من الحاوى يسر الله إتمامه ... يتلوه في الخامس إنّ شاء الله تعالى مسألة : قال الشافعي رضى الله عنه : ولو قاسم وبنى، قيل للشفيع ... " .

والمجلد الخامس من هذه النسخة والذى أشار إليه الناسخ لم أقف عليه فيما اطلعت عليه في مظانه من المكتبات . من أجل ذلك إنّ هذه النسخة ناقصة اعتبارًا من المسألة القادمة (١٦) حتى نهاية كتاب الشفعة . والناقصة منها أربع وثلاثون لوحة تقريبا حسب لوحات نسخة " أ " .

١٦ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله(١) : ولو قاسم وبَنَى(٢)، قيل للشفيع : إنْ شِئتَ فَخُذ بالثمن وقيمة البناء(٣) أو دَع، لأنه بَنَى (٤) غيرَ متعدٍّ، فلا يهدم ما بنى (٥).
قال المزني : هذا عندي غلط. وكيف لا يكون متعديًا ؟ وقد بنى (٦) فيما للشفيع فيه شِرْكٌ مُشاعٌ، ولولا أنَّ للشفيع فيه شِرْكًا ماكان شفيعًا (٧).

صورة هذه المسألة في رجلٍ اشترى شقصًا مِن دارٍ، وقاسم عليه، ثم (٨) بنى (٩) في حصته، وحضر الشفيعُ مطالبا بشفعته. قال الشافعي رضى الله عنه(١٠) قيل للشفيع : إنْ شئتَ فَخُذْ الشقصَ بثمنه وبقيمة البناء قائما، ولا يجبر المشتري

على

(١) ب : رضى الله عنه.
(٢) أ : (بنا)؛ ب، المختصر : (بنى).
(٣) جاء بعدها في ب : (التزام)، وفي المختصر : (اليوم).
(٤) أ، ب : (بنا)، المختصر : (بنى).
(٥،٦) أ : (بنا)؛ ب، المختصر : (بنى).
(٧) انظر : المختصر ٨/١٢٠.

د وام قول المزني كما نص في مختصره بعد قوله : "ما كان شفيعا" :
"إذ كان الشريك إنما يستحق الشفعة، لأنه شريك في الدار والعرصة بحق مُشاع، فكيف يقسم وصاحب النصيب وهو الشفيع غائب ؟ والقسم في ذلك فاسد وبنى فيما ليس له، فكيف يبني غير متعدٍّ ؟ والمخطئ في المال والعامد سواء عند الشافعي. ألا ترى : لو أنّ رجلاً اشترى عرصةً بأمر القاضي فبناها، فاستحقها رجل، أنه يأخذ عرصته ويهدم الباني بناءه ويقلعه في قول الشافعي رحمه الله. فالعامد والمخطئ في بناء ما لا يملك سواء".
(مختصر المزني ٨/١٢٠).

(٨) ب : و.
(٩) أ : (بنا)، ب : (بنى).
(١٠) (رضى الله عنه) : من ب.

على قلعه، لأنه بنى (١) غير متعدٍّ . و هكذا عمارة الأرض للزرع، وإنْ كانت اثاراً .

قال المزني : هذا غلط من الشافعي رضى الله عنه (٢) ، لأن القسمة / (٩٢/ب ـ ب) إنّ وقعت مع الشفيع فقد بطلت شفعته، و صحت القسمة. وإنْ لم يقاسمه الشفيع ، فالقسمة باطلة، والشفعة واجبة، فلم تجتمع صحة / القسمة (١٥٢/أ ـ ب) مع بقاء الشفعة (٣) .

و هذا الذى اعترض به المزني على الشافعي رضى الله عنه (٤) من تنافي بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط . لأنه قد تصحّ القسمة مع بقاء الشفعة مِن خمسة أوجه :

أحدها : أن يكون الشفيع غائبًا (٥) ، وقد وَكَّلَ في مقاسمة شُركائه وكيلاً ، فيطالب المشتري للوكيل بمقاسمته (٦) على ما اشترى، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله في المقاسمة، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة، لأنه غير مُوَكَّلٍ في طلب الشفعة . و يكون الشفيعُ على شفعته بعد القسمة، و يكون المشتري غير متعدٍّ في البناء (٧) .

والوجه الثاني : أن لا يكون للشفيع الغائب وكيل في القسمة ، فيأتي المشتري إلى (٨) الحاكم فيسأله أن يقاسمه على (٩) الغائب ، فيجوز للحاكم مقاسمة المشتري إذا كان الشريك بعيد الغيبة، وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة، لأن الحاكم لا يأخذ بالشفعة إلاّ لِمَوْلِيِّ عليه، ولا (١٠) تبطل شفعة الغائب بمقاسمة (١١) الحاكم عنه، والمشتري غير متعدٍّ ببنائه (١٢) .

والوجه

---

(١) أ : (بنا) ، ب : (بنى) .
(٢، ٤) (رضى الله عنه) : من ب .
(٣) انظر: الفتح ١١ /٤٦٣، والروضة ٥ /٩٤ .
(٥) (غائبا) : من ب ، و في أ : (عاميا) .
(٦) ب : بمقاسمة .
(٧) انظر: الفتح ١١ /٤٦٤، والروضة ٥ /٩٥ .
(٨) (الى) : من ب ، ساقطة من أ .
(٩) ب : عن .
(١٠) ب : فلا .
(١١) ب : بمقاسمته .
(١٢) انظر: المهذب ١٤/٣٣٧، والفتح ١١/٤٦٤، والروضة ٥/٩٥ .

والوجه الثالث : أن يذكر المشتري للشفيع ثمنًا موفورًا (١) ، فيَعفُو عن الشفعة لوفور الثمن ، ويقاسِم المشتري ، ثم يتبين (٢) أن الثمن أقلّ ممّا ذكره المشتري؛ فالقسمة صحيحة ، والشفعة واجبة ، والمشتري غير متعدٍّ ببنائه (٣) ، لأنه بالكذب متعدٍّ في قوله ، لا في قسمته وبنيانه (٤) ؛ فصار كرجل ابتاع دارًا بعبدٍ قد دلّسه بعيب ، ثم بَنى (٥) و (٦) وجد البائعُ بالعبد عيبًا ، فعليه / — إذا ردّ العبد و يسترجع (٧) (١٥٣/أ-أ) الدار — أن (٨) يدفع إلى المشتري قيمة البناء قائمًا (٩) ، لأنه بنا غير متعدٍّ في فعله ، وإن دلّس كاذبًا (١٠) في قوله .

والوجه الرابع : أن ينكر المشتري الشراءَ و يدّعي الهبة ، فيكون القولُ قولَه مع يمينه ، ولا شفعة عليه في الظاهر ، فيقاسمه الشريك ، ثم يبني ، و تقوم البينة عليه بعد بنائه بالشراء ، فالشفعة (١١) واجبة مع صحة القسمة ، ولا يكون متعدّيًا بالبناء مع جُحُوده الشراءَ ، لأنه تَعدّى في القول دون الفعل (١٢) .

والوجه

---

(١) قوله (ثمنا موفورا) : نحو قوله : جرى الشراء بألف ، فيعفو أو يقاسم و يبني ، ثم يتبين أن البيع كان بدون الألف .
انظر : الفتح ١١/٤٦٤ ، والروضة ٥/٩٤ .

(٢) ب : بين .

(٣) انظر : المهذب ١٤/٣٣٧ .
ذكر الرافعي هذا الوجه مع الصورة الأولى ، وتابعه على ذلك النووي . (انظر : الفتح ١١/٤٦٤ ، والروضة ٥/٩٤) .

(٤) ب : بنائه .

(٥) أ : (بناء) ، ساقطة من ب .

(٦) ساقطة من ب .

(٧) ب : (واسترجع) ، جاء بعدها في أ : (الى) ، وهي مشطوبة .

(٨) ساقطة من ب .

(٩) ساقطة من ب .

(١٠) ساقطة من ب .

(١١) ب : والشفعة .

(١٢) ذكر الرافعي هذا الوجه مع الصورة الأولى ، وتابعه على ذلك النووي .
انظر : الفتح نفسه ، والروضة نفسها تحت رقم (٣) .

والوجه الخامس : أن يكون الشفيع طفلاً أو مجنوناً ، فيمسك الولي عن طلب الشفعة ويقاسم / المشتري ، ثم يبلغ الطفل ويفيق المجنون؛ (٩٣/ب ـ أ) فتكون له الشفعة مع صحة القسمة ، ولا يكون إمساك الولي عن الشفعة مُبْطِلاً للقسمة (١ ولا مقاسمته مُبْطِلاً للشفعة ١) (٢) .

أ/١٦ (فصل)

فاذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الخمسة ، وبطل (٣) اعتراض المزني بها ، لم يُجْبَر المشتري على قلع بنائه . وقيل للشفيع : إنْ شِئْتَ فَخُذْ الشقص بثمنه وقيمة البناء (٤) .

---------------- وقال

(١) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٢) وفيه وجهان آخران على ما ذكره الرافعي والنووي :
أحدهما : أن يقاسم الشفيع المشتري على ظنّ أنه وكيل للبائع باخباره ، أو بسبب آخر . والثاني : أن يكون له وكيل بالقسمة وفي أخذ الأشقاص بالشفعة ، فيرى في شقصٍ الحظّ في الترك ، فيتركه ، فيقاسمه ، ثم يقدم الشفيع ويظهر له بأن الحظّ في الأخذ ، وكذلك ولي اليتيم .

انظر : الفتح ١١/٤٦٤ ، والروضة ٥/٩٤ـ٩٥ .

(٣) ب : فبطل .

(٤) قال الشيرازي : " فان اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع ، لأنه ملكه ، فملك نقله . ولا تلزمه تسوية الأرض ، لأنه غير متعدّ . وإنْ لم يختر القلع ، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن ، والغراس والبناء بالقيمة ، وبين أن يقلع الغراس والبناء ، ويضمن ما بين قيمته قائمًا ومَقْلُوعًا " .

(المهذب ١٤/٣٣٧) . وكذلك للشفيع أن يختار إبقاء ملك المشتري في الأرض بأجرة . قاله الرافعي . (انظر : الفتح ١١/٤٦٤) .

وإذا اختار الشفيع تملك البناء ، فيتملكه بقيمة يوم الأخذ .
(انظر : المهذب نفسه ، والفتح نفسه ، والروضة ٥/٩٥ ، ورحمة الأمة ، ص ٢٢٤ ، ومغني المحتاج ٢/٣٠٤) .

وإلى قول الشافعي ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة في رواية عنه ، وبه قال مالك ، وأحمد ، وهو المعتمد في مذهبهما . (رحمهم الله أجمعين) .
انظر : المبسوط ١٤/١١٤ ، والبدائع ٦/٢٧٣٩ ، والهداية ٩/٣٩٨ ، والاختيار ٢/٤٩ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٥٠ ، ومجمع الأنهر ٢/٤٧٨ ، =

وقال أبوحنيفة (١) : يُجْبَرُ المشتري على قلح بنائه، ولا قيمة له على الشفيع . استدلالاً بأن حق الشفيع أسبقُ مِن بنائه، فصار كالاستحقاق بالغصب (٢) .

وهذا خطأ . لأن المشتري تامّ الملك قبل أخذ الشقص .

ألا تراه : يملك النماءَ، ومَنّ بَنَى (٣) في ملكه لم يتعدّ كالذى لا شفعة عليه . ولأنّ / مَنّ بَنَى (٤) في ملكه لم يكن جواز انتزاعه مِن يده (١٥٣ /أ ـ ب) موجبًا لتعدّيه ونقض بنائه كالموهوب له، إذا بَنَى (٥) ورَجَعَ الواهبُ في هبته (٦) . ولأن الشفعة موضوعة لِإزالة الضرر، فلم يجز أن يُزال بضرر، و(٧) في أخذ المشتري بهدم بنائه ضرر .

فأما الجواب عما ذكره من إلحاقِهِ بالغصب: فهو تعدّى الغاصب (٨) بتصرفه (٩) في غير ملكه، وليس المشتري متعدّيًا لتصرفه في ملكه .

فصل

= والموطأ ٢ /٧١٦، وكتاب الكافي لابن عبد البر النمري ٢ /١٨٨، وبداية المجتهد ٢ /١٩٨ـ١٩٩، وأسهل المدارك ٣ /٤٤ـ٤٥، والإفصاح ٢ /٣٦، والمغني ٥ /٢٥٥ـ٢٥٦ /٣٩٩٢، والإنصاف ٦ /٢٩٢، والروض المربع ٢ /٢٢٨ .

(١) وبه قال محمد وزفر من أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله، وهو رواية عن أبي يوسف على ما ذكره صاحب " الاختيار "، و الرواية الأخرى عنه مثل قول الشافعي رحمهما الله . (الاختيار ٢ /٤٩) .

(٢) ر : كتاب الغصب من هذه الرسالة، جـ ١، ص ٢١٠ /١١ ـ مسألة . قال الحنفية في ظاهر الرواية : إذا بَنَى المشتري أو غرس في الأرض المشفوعة، ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذ الأرض بالثمن، والبناء والغرس بقيمته مقلوعًا، وبين أن يجبر المشتري على قلعهما ـ كما نقله المؤلف عن أبي حنيفة ـ ، فيأخذ الأرض فارغة، ولا يضمن نقصان القلع . (انظر : المصادر المذكورة في ص ٥٦٠، رقم الهامش (٤) . من كتب الحنفية .

(٣، ٤، ٥) أ، ب : (بنا) .
(٦) ب : هذا .
(٧) ساقطة من ب .
(٨) ب : الغصب .
(٩) ب : لتصرفه .

ب/١٦ (فصل)

فلو قال الشفيع : أنا آخذ من الشقص ما لا بناء فيه بحصته من الثمن لم يجز لِمَا فيه من تفريق الصفقة على المشتري . ولو قال : أنا آخذ بجميع الثمن لم يجز لأمرين :

أحدهما : أنه مُتَطَوِّعٌ بهبة لا يلزمه قبولها .

والثاني : (١ أنه يلزم له شركة ربما يستضر بها ١) .

فلو قال : أنا أقرّ بناءه في الأرض لم يجز لأمرين :

أحدهما : أنها عارية يستحق الرجوع فيها .

والثاني : أنه إقرار بناء (٢ في غير ملك ٢) قد يلحقه فيه ضرر .

ج/١٦ (فصل)

وإذا أخذ الشفيع بشفعته شقصًا من دار بقضاء قاضٍ ، أو بغير قضاء قاضٍ ؛ فَبَنَى (٣) فيه وغَرَسَ ، ثم استحق ذلك من يده : فان الشفيع مأخوذ بقلع بنائه وغرسه . (٤ لأنه بَنَى (٥) في غير ملكه ٤) . ثم ينظر :

فان كان الاستحقاق للمبيع ولِحَقِّ الشفيع رَجَعَ (٦) بالثمن على المشتري ، ولم يرجع عليه بما نَقَصَ من قيمة البناء والغرس ، لأنه لو لم يستحق المبيع لَكَانَ مأخوذًا بقلع بنائه في حَقِّ نَفْسِهِ .

وإنّ كان الاستحقاق للمبيع / وحده / دون حَقّ الشفيع ، (٩٣/ب ـ ب) (١٥٤/أ ـ أ)

فللشفيع أن يرجع بما نقص من بنائه وغرسه على المشتري ، ويرجع المشتري به على البائع (٧) .

وقال

---

(١) ب : (أنه ملزم بتركه بما استضر بها) .

(٢) ب : على ملكه .

(٣) أ : (فبنا) ، ب : (فبنى) .

(٤) ب : (لا بنا في غير ذلك) .

(٥) أ ، ب : (بنا) .

(٦) ب : يرجح .

(٧) انظر : الفتح ١١/٥٠١ ، والروضة ٥/١١٤ .

وقال أبو حنيفة : لا يرجع به على أَحَدٍ ، وإنّما يرجع بالثمن وحده على قابضه (١) ، لأنه قلعه بحقّ لازم (٢) .

وهذا خطأ . لأنّ البائع بغصبه (٣) متعدٍّ دون الشفيع ، فوجب أن يكون الضرر بنقض البناء والغرس راجعًا على البائع المتعدّي دون الشفيع، لأنّ لا يَلْحَقَ الضررُ مَنْ ليس بمتعدٍّ ويُزال عن متعدٍّ (٤) .

د/١٦ (فصل)

فأما إذا كان المبيعُ شقصًا من أرضٍ ، فزرعها الشفيعُ ، ثم حصل الاستحقاق ، نظر :

فإن كان الاستحقاق لجميع (٥) الأرض من المبيع وحقِّ الشفيع ، أخذ الشفيع (٦) بقلع زرعه ، ولم يرجع على المشتري بنقصه ، لأنه غاصب لِمَا كان بيده ، وظالم (٧) لِمَا أخذه بشفعته .

وإنّ كان الاستحقاق للشقص المبيع وَحْدَهُ ، وجب إقرار زرعه إلى وقت حصاده . لأنّ بقاء الزرع غير متأبد بخلاف البناء المتأبد . وليس من الشفيع تعدٍّ (٨) مقصودٌ يؤخذ لأجله بقلع الزرع ، لكن عليه لِمُسْتَحِقّ (٩) الشقص

---

(١) ب : ناقضه .

قوله (على قابضه) : أي على المشتري .

(٢) ساقطة من ب .

وما ذكره المؤلف عن أبي حنيفة ، وهو ظاهر الرواية .
انظر : البدائع ٦/٢٧٤٠ ، والهداية ٩/٤٠١ ، ومجمع الأنهر ٢/٤٧٩ .

(٣) ب : نقضه .
(٤) جاء بعدها في ب : (والله أعلم) .
(٥) ب : بجميع .
(٦) (أخذ الشفيع) : ساقطة من ب .
(٧) ب : وطالب .
(٨) ب : بعدد .
(٩) ب : ليستحق .

الشقص أجرة مثله من وقت زرعه إلى وقت حصاده ٠

و هل يرجع على المشتري بما غرمه مِن الأجرة مِن وقت الزرع إلى وقت الحصاد ؟ على قولين :

أحدهما : يرجع (١ الشفيع به ١) على المشتري، و يرجع المشتري به على البائع ، كما قلنا فيما نَقَصَ بقلع البناء (٢) ٠

والقول الثاني : لا رجوع للشفيع بشيء / منه بخلاف البناء (٣) ٠ (١٥٤ /أ ــ ب)

والفرق بينهما (٤) : أَنَّ البناء اسْتُهْلِكَ عليه بالقلع ، فيرجع عليه بغرمه ، وفي الزرع هو المُسْتَهْلِك لمنافع المدة ، فلم يرجع بأجرتها ٠

مسألة

---

(١) ساقطة من ب ٠

(٢) ر : ص ٥٦٢ /ج/١٦ (فصل) ٠

(٣) لم أقف على القولين فيما اطلعت عليه في مظانه من كتب الشافعية ٠

(٤) ساقطة من ب ٠

١٧ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله (١) : ولو كان الشقص في النخل، فزادت، كان له أخذها زائدة (٢) .

أما النخل، فلا يَخْلُو (٣) حال بيعها (٤) من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تُبَاعَ مفردةً عن الأرض، فلا شفعة فيها . وكذلك (٥) سائر الأشجار، كالأبنية التي إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة . لأنها مما ينتقل (٦) عن الأرض، والمنقول لا شفعة فيه (٧) كالزرع (٨) .

والقسم الثاني : أنْ تُبَاعَ النخل مع الأرض، فتجب فيها الشفعة تَبَعًا للأرض (٩) / بخلاف الزرع، لأنه لا (١٠) يتبع الأرض في البيع (٩٤/ب ـ أ) ولا

---

(١) ب : رضى الله عنه .
(٢) انظر : المختصر ٨/١٢٠ .
(٣) ب : فلا يخل
(٤) ب : مبيعها .
(٥) ب : فكذلك .
(٦) ب : ينقل .
(٧) وما قاله المؤلف هو المذهب عند الشافعية على ما ذكره الرافعي، وقال عنه النووي : وهو الصحيح . وبه قال الحنفية والحنابلة . وحكى الرافعي عن أبي الفرج السرخسي أنه يرى الشفعة في الأبنية والأشجار، إذا بيعت منفردة عن الأرض لثبوتها في الأرض، وهو قول مالك .

انظر : الفتح ١١/٣٦٦، والروضة ٥/٦٩ ؛ وقد مضت هذه المسألة وتمت الإحالة إلى المصادر من كل مذهب . (ر : ص ٤٤٣/د/١ (فصل) ، رقم الهامش : ٢ ، ٣ ، ٩) .

(٨) قوله (المنقول) : ر ص ٤٤٤/د/١ (فصل) ، و ص ٦٧٥/٤٤ ـ مسألة .

قوله (كالزرع) : يعني لا تثبت فيه الشفعة . (انظر : المهذب ١٤/٢٩٩ ـ ٣٠٠، والفتح ١١/٣٧٠، والروضة ٥/٧٠) .

(٩) انظر : المهذب نفسه، والفتح ١١/٣٦٧، والروضة ٥/٦٩ .

(١٠) ساقطة من ب .

ولا يتبعها الزرع(١) •

والفرق بينهما : أَنَّ أقرار الزرع في الأرض غير مستدام، وأقرار النخل والشجر مستدام •

وأوجب أبوحنيفة الشفعةَ في الزرع تَبَعًا للأرض لاتصاله بها (٢) •

و ما ذكرنا من الفرق كافٍ •

والقسم الثالث : أَنْ تُباعَ النخل مع قرارها من الأرض (٣) مفردة عَمَّا يتخللها (٤) مِن بياض الأرض،ففي وجوب الشفعة فيها وجهان — وكذلك بيع البناء مع قراره دون البياض على هذين الوجهين — :

أحدهما : فيه الشفعة، لأنه فرع لأصل ثابت •

والوجه(٥) الثاني : أنه لا شفعة فيه، لأن قرار النخل يكون تَبَعًا لها، فلمّا لم تجب الشفعة فيها مفردةً لم تجب فيها وفي تبعها (٦) •

فاذا

---

(١) انظر : المهذب ١٤ /٢٩٩–٣٠٠،والفتح ١١ /٣٧٠، والروضة ٥ /٧٠ •

وما ذهب إليه الشافعية مِن عدم وجوب الشفعة في الزرع، وهو قول المالكية والحنابلة •

انظر: كتاب الكافي لابن عبد البر النمري ٢ /٨١١، والشرح الصغير ٤ /١١٣، والمغني ٥ / ٣٩٥٧/٢٣٢، والروض المربع ٢ /٢٢٧، وكشاف القناع ٤ /١٤٠ •

(٢) وهو استحسان، والقياس أن لا يؤخذ الزرعُ بالشفعة •

انظر: البدائع ٦ /٢٧٣٥، وتبيين الحقائق ٥ /٢٥٠–٢٥١ •

(٣) (من الأرض) : من ب ، ساقطة من أ •

قوله (قرارها) : أى مغارسها • (انظر : الفتح ١١/ ٣٦٩،والروضة ٥ / ٧٠) •

(٤) قوله (عما يتخللها) : أى يكون في خلالها من البياض• والخلل : الفرجة بين الشيئين، والجمع : الخلال • (انظر: النظم المستعذب بهامش المهذب ١ /٣٧٦،والمعجم الوسيط ١ /٢٥٢، مادة " خلل ") •

(٥) قوله (الوجه) : ساقط من ب •

(٦) ذكر الشيرازى الوجهين بلا ترجيح ،وقال الرافعي عن الوجه الثاني : هو الأشبه،وقال عنه النووى : وهو الاصح •

انظر : المهذب المذكور، والفتح نفسه ، و الروضة نفسها •

فاذا تقرر / هذا ، وكان المبيع شقصًا من أرضٍ ذات نخلٍ وشجرٍ (١٥٥/أ-أ) فزادت بعد البيع وقبل أخذ الشفيع لغيبه أو عذرٍ لا تبطل به الشفعة، لم يخل حال الزيادة مِن أحد أمرين : إما أن تكون متميزة (١) أو غير متميزة (٢) . :

فان كانت الزيادة غير متميزة (٣) ـ كالفسيل إذا طال وامتلأ (٤) ، والغرس (٥) إذا استغلظ (٦) واستوى ـ : فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته، لأن ما لا يتميز من الزيادة تَبَعٌ (٧) لأصله (٨) .

وإن كانت الزيادة متميزة ـ كالثمرة الحادثة بعد البيع ـ : فلا يَخْلو حالها عند الأخذ بالشفعة من أن تكون مُؤَبَّرَةً أو غيرَ مؤبرة (٩) :

فان كانت مؤبرة ، فلا (١٠) حق فيها للشفيع . وهي ملك للمشتري، لأن ما كان مُؤَبَّرًا مِن الثمار لا يتبع أصله . و (١١) على الشفيع أن يُقِرَّها على نخله إلى وقت الجِذاذ (١٢) .

وإنْ كانت الثمرة غيرَ مُؤَبَّرَةٍ ، ففي استحقاق الشفيع لها قولان :

أحدها : يستحقها لاتصالها ، كما يدخل في البيع تَبَعًا . وهذا قوله في القديم .

والقول

(١، ٢، ٣) (متميزة) : من ب ، وفي أ : (مثمرة) .

(٤) ب : الممتلي .

(٥) ب : الفرس .

(٦) ب : استعلى .

(٧) أ : (تبعا) ، ب : (تبع) .

(٨) انظر: المهذب ١٤/٣٣٨، والمغني ٥/٢٥٧/٣٩٩٤، والروض المربع ٢/٢٢٨ .

(٩) قوله (مؤبرة أو غير مؤبرة) : أي ثمرة ظاهرة أو غير ظاهرة، كما ذكره الشيرازي . (انظر: المهذب ١٤/٣٣٨) .

(١٠) ب : ولا .

(١١) ساقطة من ب .

(١٢) انظر: المهذب السابق، والفتح ١١/٣٦٨-٣٦٩، والروضة ٥/٦٩ ، ومغني المحتاج ٢/٢٩٧ .

وإلى قول الشافعية ذهب الحنابلة . (انظر: المغني السابق، والروض المربع السابق ، وكشاف القناع ٤/١٤٠) .

والقول الثاني : لا يستحقها ، وتكون للمشتري لتميزها عن الأصل كالمُؤَبَّرَة.
وهذا قوله في الجديد (١) .

ويكون الفرق بين الشفعة والبيع : أنَّ البيعَ نَقْلُ ملكٍ بعوضٍ عن مُراضاة ،
فجاز أن يكون مالم يؤبر مِن الثمار تَبَعًا للقدرة على استثنائها بالعقد ؛ والشفعة
استحقاقُ ملكٍ بغير مُراضاة ، فلم يملك بها [٢] إلاّ ما تناوله العقد [٢] . (٣
وهذا الحكم [٣] في (٤) / كُلّ ما استحق بغير مُراضاة كالشفعة (٩٤/ب ـ ب)
والتفليس ، أو يكون بغير عِوَضٍ كالرهن والهبة .

هل يكون / مالم يؤبَّر مِن الثمار فيها (٥) تَبَعًا (٦) لأصلها ؟ (١٥٥ /أ ـ ب)
على ما ذكرنا من القولين .

فصل

---

(١) قد ذكر الشيرازى القولين بلا ترجيح . وقال الرافعي عن القول الأول :
هو الأظهر ، وقال عنه النووى : هو الأصح . واختاره الشربيني . وبه قال
الحنابلة . أما الحنفية والمالكية : فانهم لم يُفَرِّقُوا بين كون الثمرة مُؤَبَّرة أو غير
مُؤَبَّرة ، حيث قالوا : يأخذها الشفيع مع الأرض بالثمن الأول مؤبرة أو غير
مؤبرة ، لأنه ثبت حكم البيع فيه تَبَعًا لثبوته في الأرض بواسطة الشجر ، فكان
مبيعا تَبَعًا ، فيثبت حق الشفعة تَبَعًا .

انظر : البدائع ٦/٢٧٣٨ ، والخرشي ٦/١٦٩ ، والمهذب ١٤/٣٣٨ ،
والفتح ١١/٣٦٨ـ٣٦٩ ، والروضة ٥/٦٩ ، ومغني المحتاج ٢/٢٩٧ ، والمغني
٥/٢٥٧/٣٩٩٤ ، والروض المربع ٢/٢٢٨ ، وكشاف القناع ٤/١٤٠ .

(٢) ب : (الا ضامنا وله الحقد) .
(٣) ب : (وهذا تحكم) .
(٤) (في) : مكررة في ب .
(٥) ساقطة من ب .
(٦) ب : بيعا .

أ/١٧ (فصـــل)

فأما إذا كانت النخل عند ابتياع الشقص منها مثمرة ، نظر:

فان كانت مُؤَبَّرَةً لم تدخل في البيع ، إلاّ بشرط : وإذا شرطت فيه (١) لم يكن للشفيع فيها حَقّ ، وأخذ الشقص مِن النخل دون (٢) الثمر بحصته (٢) مِن الثمن (٣) ، كمن اشترى شقصًا وعبدًا (٤) .

وقال أبو حنيفة : يأخذهما (٥) مَعًا بجميع الثمن (٦) .

وفيما ذكرنا دليل عليه .

وإن كانت الثمرة غيرَ مُؤَبَّرَةٍ دخلت في البيع تَبَعًا . ثم لا يَخْلُو حَالُها عند الأخذ بالشفعة مِن أن تكون باقية على حالها غير مؤبرة ،أو (٧) قد تأبرت :

فان

---

(١) قوله (وإذا شرطت فيه) : أي إذا أدخلت في البيع بالشرط. (انظر: الروضة ٥ /٦٩) .

(٢) ب : (الثمرة بحصة) .

(٣) انظر: الفتح ١١ / ٣٦٧، والروضة نفسها ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٧ .

وإليه ذهب الحنابلة . (انظر: المغني ٥ /٢٣٢ /٣٩٥٧، والروض المربع ٢ /٢٢٨ ، وكشاف القناع ٤ /١٤٠) .

(٤) قوله (كمن اشترى شقصا وعبدا) : يعني أنه يأخذ الشقص بحصته من الثمن دون العبد . (ر : ص ٦٠٥ / ٢٣ ـ مسألة) .

(٥) ب : يأخذها .

(٦) وهو استحسان ، والقياس أن لا شفعة فيه لعدم التبعية حتى لا يدخل في البيع بدون شرط . وإليه ذهب المالكية بشرط ما لم تَيْبَس الثمرة ، وإذا بيعت ويَبِسَت بعد العقد و قبل الأخذ بالشفعة ،فانه لا شفعة فيها .

انظر: البدائع ٦ /٢٧٣٥ ، والاختيار ٢ /٥٠ ، ومجمع الأنهر ٢ / ٤٧٩ ، والمدونة ٥ /٤٢٧ ، والخرشي ٦ /١٦٨ ، والشرح الصغير ٤ /١١٢ ، وجواهر الإكليل ٢ /١٥٩ .

(٧) ب : و .

فان كانت غيرَ مُؤَبَّـرة أخذ ها الشفيع مع الشقص بجميع الثمن قَوْلًا واحدًا(١) .
لأن العقد تناولها تَبَعًا . وهي في الحال تَبَعٌ ، فجرت (٢) مَجْرَى النخل .
وإنْ تَأَبَّـرت عند الأخذ بالشفعة ، ففيه وجهـان :

أحد هما : لا حق فيها للشفيع لتمـيّزها (٣) عما تكون تَبَعًا . فعلى هذا :
يأخذ الشفيع الشقصَ مِن النخل بحصته من الثمـن .

والوجه الثاني : أنَّ الشفيع يأخذ ها مع الشقص (٤) ، لأنَّ (٥ ما كان ٥)
تَبَعًا وقتَ العقد لاتصـاله ، لم يسـقط حق الشفيع منه عند انفصـاله ، كالبنـاء
إذا انـهـدم .

ولا فـرق علـى الوجهين بين أن تكون الثمرة على نخلها أو مجذوذة (٦) .

وقال أبوحنيفة : إنْ جذت ، فلا حق له فيها لا (٧) نفصـالها ، وإنْ
كانت على نخلها أخذ ها لشفعته (٨) مُؤَبَّـرة وغير مُؤَبَّـرة (٩) .

وفـي توجيه القولـين دليل عليه . / (١٥٦/أ ـ أ)

مسـألـة

---

(١) قال الرافعي : فيه وجهان أو قولان : أحد هما : أنها كالمؤبَّـرة ، لا يأخذ ها الشفيعُ ، لأنها منقولة . والثاني : للشفيع أخذ ها لدخولها في مطلق البيع . والأصح من الوجهين أو القولين هو الثاني على ما ذكره الرافعي والنووى . (انظر : الفتح ١١/٣٦٧ـ٣٦٨ ، والروضة ٥/٦٩ ، والمنهاج وشرحـه مغني المحتاج ٢/٢٩٧) .

(٢) ب : تجرى . (٣) ب : لثمرها .

(٤) وهو الأظهر على ما ذكره الرافعي ، وقال عنه النووى : هو الأصح . (انظر : الفتح ١١/٣٦٨ ، والروضة ٥/٦٩) .

(٥) ب : الثمـرة .

(٦) قال أبو الضياء نور الدين من فقهاء الشافعية : هذا هو المعتمد . (انظر : حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملي بهامش نهاية المحتاج ٥/١٩٧) .

(٧) (لا) : صححت في أ .

(٨) ب : بشـفعته .

(٩) وبه قال أيضًا الامام مالك في المشهور عنه ، وهو تحصيل مذهبـه على ما ذكره ابن عبد البر النمرى :

(انظر : البدائع ٦/٢٧٣٥ وما بعدها ، والاختيار ٢/٥٠ ، ومجمع الأنهر ٢/٤٧٩ ، والمدونة ٥/٤٢٦ وما بعدها ، وكتاب الكافي ٢/١٨١ ، والخرشي ٦/١٦٨ـ١٦٩ ، وجواهر الاكليل ٢/١٥٩) .

١٨ ـ مسألة

قال الشافعي رضى الله عنه(١) : ولا شفعة في بئر لا بياض(٢) لها(٣)، لأنها لا (٤) تحتمل القَسْمَ(٥)(٦).

قد ذكرنا أَنّ ما سِوَى العقار والأَرَضِين لا شفعة فيه(٧)، كلا و(٨) قول عطاء(٩).

وإنّ العقار ضربان : ضرب يُقْسَمُ جَبْرًا، ففيه الشفعة وِفاقًا(١٠)؛ وضرب لا يُقْسَمُ جَبْرًا، ففيه الشفعة عند أبي العباس بن سريج(١١).

ـــــــــــ وبه

(١) (رضى الله عنه) : من ب.
(٢) قوله (بياض) : هو الأرض حول البئر، سيأتي الكلام عليه.
(٣) ب : فيها.
(٤) ساقطة من ب.
(٥) أ، المختصر : (القسم)؛ ب : (القسمة).
(٦) انظر: المختصر ٨/١٢٠.
(٧) ر : ص ٤٤٤/د ١/ (فصل).
(٨) ب : وهو.
(٩) قد سبق أن ذكر المؤلف قول عطاء، وسيذكره أيضًا في آخر كتاب الشفعة: أنه يرى الشفعة في كل مشترك من حيوان وغيره. (ر : ص ٤٤٤/د ١/ ـ فصل ـ، و ص٦٧٥-٦٧٦/٤٤ ـ مسألة).

قوله (كلا وقول عطاء) : هكذا في أ، وفي ب : (كلا وهو قول عطاء). لعله (إلّا قول عطاء).

(١٠) انظر : المبسوط ١٤/٩٤ وما بعدها، والبدائع ٦/٢٧٠٠ـ٢٧٠١، والموطأ ٢/٧١٨، وكتاب الكافي ٢/١٧٨، والخرشي ٦/١٦٤ـ١٦٥، والمهذب ١٤/٣٠٠، والفتح ١١/٣٨٠، والروضة ٥/٧٠ـ٧١، والمغني ٥/٢٣٣/٣٩٥٨، ومجموع فتاوى ٣٠/٣٨١، وكشاف القناع ٤/١٣٨.

(١١) انظر : المهذب نفسه، والمغني نفسه. ومن اختار هذا الرأى من الشافعية : أبو خلف السلمي، والقاضي الروياني. (انظر: الفتح ١١/٣٨٢). وراجع في قول ابن سريج : ص ٤٤٠ وما بعدها/د ١/ (فصل).

وبه قال مالك (١) وأبو حنيفة (٢) خوفا من سوء المشاركة فيه واستدامة الضرر به. ولهذا القول وجه (٣) .

ومذهب الشافعي رضي الله عنه (٤) : لا شفعة فيه / (٩٥ب ـ أ) للأمن

---

(١) وما روى عن مالك فيما لا يُقْسَمُ جَبْرًا من العقارت قولان . أحدهما : فيه الشفعة، كما ذكره المؤلف، واختاره ابن عبد البر من فقهاء المالكية وصححه، وبه قال طائفة من أصحاب مالك، وهو قول أبي حنيفة، كما قاله المصنف، وبه قال أحمد في إحدى الروايتين عنه، واختاره شيخ الاسلام ابن تيمية .

والقول الثاني : لا شفعة فيه، وهو قول الشافعي، واختاره جماهير المالكية، وقالوا : إنه المشهور عنه والمعمول عليه .

انظر : الموطأ ٧١٨/٢، والمدونة ٥ /٤٣٢ـ٤٣٣، وكتاب الكافي ١٧٨/٢، والخرشي ١٦٤/٦ـ١٦٥، والشرح الصغير ١١٠/٤، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٧٦/٣، وحاشية الشيخ علي العدوى بذيل الخرشي المذكور، وجواهر الإكليل ١٥٨/٢، وأوجز المسالك ٥١/١٢، والإفصاح ٣٧/٢، والمغني ٣٩٥٨/٢٣٣/٥، ومجموع فتاوى ٣٨١/٣٠ وما بعدها، والإنصاف ٢٥٦/٦ـ٢٥٧، وكشاف القناع ١٣٨/٤ـ١٣٩، وشرح منتهى الإرادات ٤٣٤/٢ـ٤٣٥ .

(٢) انظر : المبسوط ٩٤/١٤ وما بعدها، والبدائع ٢٧٠٠/٦ـ٢٧٠١، والاختيار ٤٢/٢، ومجمع الأنهر ٤٨٠/٢، ور : ص ٤٤٠ـ٤٤٢/د ١/(فصل) .

(٣) قال الكاساني من فقهاء الحنفية في "بدائع الصنائع" (٢٧٠٠/٦ـ ٢٧٠١) : "إنّ الشفعة عندنا وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم. وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء" .

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية في "مجموع فتاوى" (٣٨٣/٣٠) :

"... فمن المعلوم أنه إذا أثبت النبى صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما يقبل القسمة، فما لا يقبل القسمة أولى بثبوت الشفعة فيه؛ فان الضرر فيما يقبل القسمة يمكن رفعه بالمقاسمة، وما لا يمكن فيه القسمة يكون ضرر المشاركة فيه أشد" . (ويرجح إلى الاختيار ٤٢/٢، ومجمع الأنهر ٤٨٠/٢، والمغني ٣٩٥٨/٢٣٣/٥، وأوجز المسالك ٥١/١٢؛ ور : ص ٤٤٠/د ١/ (فصل) .

(٤) (رضى الله عنه) : من ب .

للأصل (١) من مؤنة القسمة (٢) .

وعليه يكون (٣) التفريع :

فمن ذلك البئر المشتركة، إذا بيع شقص منها، فلا يَخْلُو حالها من أحد أمرين : إما أن يكون حَوْلَها بياضٌ لها أم لا : فإن كان حولها بياض لها، فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون واسعًا يحتمل (٤) القسمة كالأرض التي تحفر فيها بئر، وهي محتملة للقَسْم، والشفعة (٥) واجبة في البئر تَبَعًا للأرض، كما تجب في النخل تَبَعًا للأرض (٦) (٧) . لأن البئر إذا حصلت في حصة أحدهما أمكن الآخرَ حَفْرُ مثلها في حصته (٨) .

والضرب الثاني : أن يكون البياض ضَيِّقًا لا يحتمل القسمة. لأنه حريم للبئر، لا يمكن أَنْ يُفْرَدَ عنها على حسب اختلاف الفقهاء في

---

(١) ب: الامن .

(٢) وهو إحدى الروايتين عن مالك كما تقدم ذكره (٥٧٢، رقم الهامش ١)، وبه قال أحمد في رواية عنه، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة كما ذكره ابن قدامة والمرداوي .
انظر: المهذب ٤١/ ٣٠٠، والوجيز وشرحه فتح العزيز ١١/ ٣٧٩، وما بعدها، والروضة ٥/ ٧٠-٧١، ورحمة الأمة ص ٢٢٤، والمصادر المذكورة في (٥٧٢، رقم الهامش ١) من المالكية والحنابلة ؛ ور: ص٤٤١/د/ ١/ فصل .

(٣) ب : ويكون عليه .

(٤) أ : (أن تكون واسعة تحتمل)، ب : (أن يكون واسعا يحتمل) .

(٥) ب : فالشفعة .

(٦) ساقطة من ب .

(٧) ر : في تفصيل الكلام على ثبوت الشفعة في النخل تبعا للأرض ص ٥٦٥ وما بعدها / ١٧ - مسألة .

(٨) انظر: الفتح ١١/ ٣٨٥-٣٨٦، والروضة ٥/ ٧١ .

في قدر الحريم (١)، فيكون حُكمُها حُكمَ البئر التي ليس(٢) حَولَها بياضٌ لها (٣). لأنه لقلته و (٤) تَعذُّر أفراده عنها تَبَعٌ لها. وإذا اتسع صارت البئر تبعًا (٥) له.

وإذا كان كذلك، ولم يكن حول البئر بياض، أو كان يسيرًا لا يحتمل القسمة؛ / فلا يَخلُو حالها من أحد أمرين: إمّا أن تكون واسعةً، (١٥٦/أ ـ ب) أو ضَيِّقَةً؛ فإن كانت ضَيِّقَةً لا تحتمل القَسْمَ، لا شفعة فيها على مذهب الشافعي رضي الله عنه (٦). وقد

(١) قوله (الحريم): قال النووي في "الروضة" (٢٨٢/٥): "وهو المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع، كالطريق ومسيل الماء ونحوهما".
اختلف الفقهاء في تحديد حريم البئر. فقال أبو حنيفة وصاحباه: إنّ حريم البئر الطَّحَن (التي يستقى منها باليد) أربعون ذراعًا. وكذلك قال أبو حنيفة في حريم البئر الناضح (التي يستقى منها بالبعير): إنه أربعون ذراعًا. وقال صاحباه (أبو يوسف ومحمد): إنّه ستون ذراعًا. وقالوا عن حريم العين: إنّه خمسمائة ذراع من كل جانب إجماعًا.
ولم يحدد المالكية والشافعية حريم البئر، وذكروا أن حريمها ما لا ضرر عليها، ويُقدّر بالحاجة إليها. وهو كما ورد في "الخرشي": "مقدار ما لا يضر بمائها، ولا يضيق مناخ إبلها، ولا مرابض مواشيها عند الورود".
وقال الماوردي: "وهو على مذهب الشافعي معتبر بالعرف المعهود في مثلها ومُقدّر بالحاجة الداعية إليها".
وقال الحنابلة: حريم البئر العاديّة (أي القديمة) خمسون ذراعًا، وحريم البئر البَديء (أي البئر المحفورة المحدثة) خمسة وعشرون ذراعًا، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها.
يرجع في تفصيل الكلام على ذلك ـ في باب احياء الموات ـ إلى كل من: البدائع ٣٨٥٣/٨ـ٣٨٥٤، والهداية ٧٣/١٠ وما بعدها، والاختيار ٦٨/٣، والخرشي ٦٨/٧، والشرح الصغير ٢٠٠/٤، والأحكام السلطانية للماوردي (ط ٣، ١٣٩٣ هـ ـ ١٩٧٣ م مصطفى البابي الحلبي بمصر)، ص١٨٤، والروضة ٢٨٢/٥ـ٢٨٣، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٦٣/٢، والمغني ٤٣٨/٥ـ٤٣٩/٤٣٠١، والروض المربع ٢٣٢/٢، وكشاف القناع ١٩١/٤ـ١٩٢، وشرح منتهى الارادات ٤٦٢/٢.
(٢) ب: ليست.
(٣) انظر: الفتح ٣٨٥/١١ـ٣٨٦، والروضة ٧١/٥.
(٤) ب: ساقطة من ب (٥) ب: تبع.
(٦) (رضي الله عنه): من ب.

قال الشيرازي: وهو المذهب، وذكر الرافعي والنووي أنه الأصح في المذهب. وبه قال المالكية والحنابلة.
انظر: المهذب ٣٠٠/١٤، والفتح ٣٨٥/١١ـ٣٨٦، والروضة ٧١/٥، وبداية المجتهد ١٩٤/٢، والمصادر السابقة في (ص٥٧٢، رقم الهامش ١) من المالكية والحنابلة.

وقد رُوي عن عثمان (١ بن عفان رضي الله عنه ١) ، أنه قال : " لا شُفْعَة في بِئْرٍ ولا فَحْلٍ ، والأُرَف (٢) تَقْطَعُ كُلَّ شُفْعَةٍ (٣) .

فعنى (٤) بالفحل : فَحَلَ النخل يكون (٥) للرجل في أرضِ غيرِه من غير شِرْكٍ (٦) في الأرض (٧) . والأُرَفُ : المعالم (٨) .

وإنْ كانت البئر واسعة تحتمل القَسْم (٩) كآبار البادية ، فلها حالتان :

إحداهما : أن تكون يابسة لم يُوصَل (١٠) إلى الماء ، فالشفعة فيها واجبة . لأنها إذا قُسِّمت ، وصار لكل واحد منهم (١١) (١٢ حصة منها ١٢) ، أمكن أن يحجزها ويحفرها بئرًا .

والحال

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب . سبقت ترجمة عُثمان رضي الله عنه . (جـ ١ ، ص ١١٠) .

(٢) أ : (الارق) ، ب : (الادق) ، والصحيح ما أثبته ، والتصحيح من كتب الحديث والمعاجم .

(٣) الأثر أخرجه كل من الهروي وابن حزم والبيهقي (في لفظ عنده) عن أبان بن عثمان بن عفان رضي الله عنه باللفظ الذي ساقه المؤلف ، كما أخرجه مالك وعبد الرزاق وابن أبي شيبة بفرق يسير .

انظر : الموطأ ٢/٧١٧ ، وغريب الحديث للهروي ٢/١١٩ ، والمصنف للحافظ عبد الرزاق ٨/٨٠/١٤٣٩٣ ، والمصنف لابن أبي شيبة ٧/١٧٢/٢٧٨٦ ، والمحلى ٩/٨٣/١٥٩٤ ، والسنن الكبرى ٦/١٠٥ .

(٤) ب : يعني .

(٥) (يكون) : صححت في ب فوق السطر .

(٦) ب : ترك .

(٧) انظر : غريب الحديث للهروي المذكور ، والنهاية ٣/٤١٦-٤١٧ ، واللسان ١١/٥١٧ ؛ مادة " فحل " .

قال ابن الأثير في " النهاية " (٣/٤١٦-٤١٧) : " أراد به فحل النخل ؛ لأنه لا ينقسم ... وإنما لم تثبت فيه الشفعة ؛ لأن القوم كانت لهم نخل في حائط فيتوارثونها ويقتسمونها ، ولهم فحل يُلقِحُونَ منه نخيلَهم ، فاذا باع أحدهم نصيبه المقسوم من ذلك الحائط بحقوقه من الفُحَّال وغيره ، فلا شفعة للشركاء في الفُحَّال ، لأنه لا تُمْكن قسمته " .

(٨) قوله (الأُرَف) : جمع (أُرْفَة) ، وهي الحدود والمعالم بين الأرضين . (انظر : غريب الحديث للهروي السابق ، والنهاية ١/٣٩ ، والصحاح ٤/١٣٣٠ ، واللسان ٩/٤ ؛ مادة " أرف ") .

(٩) ب : (القسمة) . (١٠) ب : (لم تصل) . (١١) ب : (منهما) .

(١٢) ساقطة من ب .

والحال الثانية : أن يكون فيها ماء قد وصل الحفر إليه . فهذا (١) على ضربين :

أحدهما : (٢ أن يكون يَنْبُوعُ الماء في جميعها ٢) وخارج من سائر قرارها . فالشفعة فيها واجبة . لأنها إذا قُسِّمت ، وجُعِل بين الحصتين (٣ حاجز ، كانت بئرًا مُفْرَدة ٣) .

و (٤) الضرب الثاني : أن يكون يَنْبُوعُ الماء في جانب منها ، فلا شفعة فيها (٥) . لأنه وإنْ أمكنت (٦) قِسْمَتُها لسعتها (٧) ، فقد يحصل ينبوع الماء في جانبها لإحدى الحصتين ، فتصير إحدى الحصتين بئرًا ، والأخرى (٨) غير بئر ؛ فلم يصح القَسْمُ ولم (٩) / تجب الشفعة . (٩٥/ب ـ ب)

أ ١٨/ (فصل)

و من ذلك الحَمَّام :

فإن كان واسعًا ذا بُيُوت ، إذا قُسِّم حصل في كل حصة بيوت يمكن أن يصير حَمَّامًا ؛ وكان أَتُّونُه (١٠) واسعًا ، إذا قُسِّم بين (١١) الحصتين استغنت (١٢) كل حصة بما صار إليها (١٣) من الأَتُّون ، واكتفى به ، / (١٥٧ /أ ـ أ) قُسِّمَ جَبْرًا ؛ و وجبت فيه الشفعة .

وإنْ كان ضَيِّقًا تَقِلّ بُيُوتُهُ إذا قُسِّمت عن كفاية حَمَّام ، و يصغر أَتُّونُهُ عن القسمة ، وتزول عنه المنفعة ، كالذي نشاهده (١٤) في وقتنا من أحوال الحَمَّامات ؛ فلا شفعة فيه على مذهب الشافعي رضى الله عنه (١٥) .

فان

---

(١) ب : وهذا . (٢) ب : (أن يكون الماء يتنوع الماء من جميعها)
(٣) ب : (حاجزا كانت بين أفراده) .
(٤) ساقطة من أ . (٥) ب: فيه .
(٦) أ ، ب : أمكن . (٧) ب: لشفعها .
(٨) جاء بعدها في ب: (في) . (٩) (لم) : مكررة في ب .
(١٠) قوله (أتّون) ـ بتشديد التاء ـ : الموقد الكبير ، والعامة تخففه ، والجمع : (أتَاتِينُ) ، يحتمل أن يكون غير عربي ، كما قاله ابن منظور .
انظر : الصحاح ٥/ ٢٠٦٧ ، واللسان ١٣/ ٧ ، والمعجم الوسيط ١/ ٤ ؛ مادة " أتن " .
(١١) ب: اثنين . (١٢) ب : اتسعت . (١٣) ب : لها . =

فان قيل : فاذا كانا (١) حمامين ، فقد يصير أحدُ الحمامَيْن لأحد الشريكين ، فهلا وجبت فيهما الشفعة ؟

قلنا : إنما تعتبر القسمة بحالِ كُلِّ واحدٍ منهما على الإفراد . ولا يلزم في القسمة عندنا أن ينفرد أحدهما بأحد الحمامين ، والآخر بالآخر ، إلاّ عن تراضٍ .

ب/١٨ (فصل)

ومِن ذلك الرَّحَا (٢) : فلا شفعة فيه إنْ بيع مُنْفردًا عن أرضه ، كما لا شفعة في البناء منفرداً ؛ وإنْ بيع مع أرضه ، فعلى ضربين :

أحدهما : أن تكون الأرض ضيّقة كبيوت الأرحاء التي لا سعة (٣) فيها (٤) ، فلا شفعة فيها على مذهب الشافعي رضى الله عنه (٥) ، لأنها لا تُقْسَمُ جبرًا (٦) .

والضرب الثاني : أن تكون الأرض واسعةً يختص الرحا بموضع منها ، كأرحاء البصرة في أنهارها .

فقد

(١٤) ب : نشاهد .

(١٥) (رضى الله عنه) : من ب .

انظر : الفتح ٣٨٥/١١ ، والروضة ٧١/٥ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢٩٧/٢ ، ونهاية المحتاج ١٩٧/٥ ، ورحمة الأمة ص ٢٢٤ .

(١) قوله (فاذا كانا) : هكذا في كلتا النسختين : أ ، ب .

(٢) قوله (الرَّحَا ـ الرَّحَى) : هو الأداة التي يُطْحَنُ بها . وهي حجران مستديران يُوضَعُ أَحَدُهما على الآخر ويُدار الأعلى على قُطْبٍ . والجمع : (أَرْحٍ و أَرْحَاءٌ و رُحِيٌّ و أَرْحِيَةٌ) . ويطلق عليها أيضًا : (طَاحُونَة) .

انظر : الصحاح ٢١٥٧/٦ ، والمغرب ص ٢٨٨ ، والمعجم الوسيط ٣٣٥/١ ؛ مادة " رحى " ؛ و مغني المحتاج ٢٩٧/٢ .

(٣) ب : لا شفعة .

(٤) جاء بعدها في ب : (لغير الرحا) .

(٥) (رضى الله عنه) : من ب .

(٦) قال الشيرازى : وهو المذهب ، وقال الرافعي والنووى : لا شفعة فيها على الأصح . (انظر : المهذب ٣٠٠/١٤ ، والفتح ٣٨٥/١١ـ٣٨٦ ، والروضة ٧١/٥ ، والمنهاج ٢٩٧/٢ ، و رحمة الأمة ص ٢٢٤) .

فقد اختلف أصحابنا في إطلاق بيع الأرض : هل يُوجِب دُخُولَ الرّحا فيه ؟ على ثلاثة مذاهب :

أحدها : أنه (١) يدخل فيه عُلْوًا وسُفْلًا . فعلى هذا : تجب الشفعة فيه (٢) تَبَعًا للأرض كالبناء .

والوجه الثاني : لا يدخل فيه العُلْو ولا السُّفْل . فعلى هذا : لا شفعة فيه إنْ شَرَط في البيع ، كالزرع ؛ ويأخذ الأرض بحصتها من الثمن .

والوجه الثالث : يدخل فيه السفل دون العلو . فعلى هذا : تجب الشفعة / في السفل دون العلو (٣) . ١٥٧ /أ ـ ب)

فأما بيت الرَّحا ، فداخل في البيع على الوجوه كلها ، والشفعة فيه واجبة كسائر الأبنية .

ج ١٨/ (فصل)

ومن ذلك الدُّولَاب (٤) في الأرض : فإن أُفْرِد بالبيع ، فلا شفعة فيه . وإنْ بيع مع الأرض ، (٥ فقد اختلف ٥) أصحابنا / : هل يقتضي إطلاق البيع دُخُولَهُ فيه تَبَعًا له ؟ على ثلاثة مذاهب : (٩٦/ب ـ أ)

أحدها

---

(١) (أنه) : من ب ، وفي أ : (أنها) .

(٢) ب : (تجب فيه الشفعة) .

(٣) قال الرافعي (وتابعه على ذلك النووي في " الروضة (٥/٧٠) :
" ولو باع شقصًا من طاحونة ، وقلنا : يدخل الحجر الأسفل والأعلى في البيع ، أخذ الأسفل بالشفعة ، وفي الأعلى وجهان كالثمار التي لم تؤبر " .
(الفتح ١١/ ٣٧١) .
والوجهان : أحدهما : يستحق الثمار التي لم تؤبر على الأصح .
والثاني : لا يستحقها . (ر : ص٥٦٧ ـ ٥٦٨ ـ ١٧/ مسألة . قال المؤلف هناك : " قولان " ، ولم يقل " وجهان " والدَّوْلاب ، كلاهما : واحد الدَّواليب .

(٤) قوله (الدُّولَاب) : كلمة فارسية معربة . وهي الآلة التي تُديرها الدابة لِيُسْتَقَى بها . (انظر : اللسان ١/ ٣٧٧ ، والمعجم الوسيط ١/ ٣٠٤ ؛ مادة " دلب ") .

(٥) ب : (فاختلف) ، (قد) : ساقطة .

أحدها : أنه يدخل فيه تَبَعًا كالبناء لاتصاله • فعلى هذا : تجب الشفعة فيه (١) •

والثاني :أنه لا (٢) يدخل فيه لتميزه • فعلى هذا : لا شفعة فيه •

والثالث : أنه إنّ كان كبيرًا لا يمكن نقله على حاله صحيحًا دخل في البيع، ووجبت فيه الشفعة تبعًا ؛ وإنْ كان صغيرًا يمكن نقله على حاله صحيحًا لم يدخل في البيع ، و لم تجب فيه الشفعة •

د ١٨/ (فصل)

ومن ذلك المَعْدِن ، و هو على ضربين :

أحدهما : أَنْ يكون جاريًا كمَعادِن القار (٣) والنِّفْط : فيكون حُكْمُهُ حُكْمَ البئر (٤) (٥ والعين : إنْ ٥) كان ضَيِّقًا لا يصير ما قُسِّمَ مَعْدِنًا ، فلا شفعة فيه ؛ و إنْ كان واسعًا ، نظر :

فان كان يَنْبُوعُهُ في أحد جوانبه فلا شفعة فيه، وإنْ كان يَنْبُوعُهُ في (٦) جميع جوانبه ففيه الشفعة •

ثم ينظر :

فان كان ما ينبع منه يجتمع فيه ، ولا يخرج منه ؛فهل يكون ما اجتمع فيه وقت العقد داخلاً في البيع ومأخوذًا بالشفعة؟ على وجهين :

أحدهما

---

(١) ذكر الرافعي والنووي هذا المذهب فقط من المذاهب الثلاثة ،ويَبْدُو أنهما اختاراه • (انظر : الفتح ١١ /٣٧٠ـ٣٧١ ، والروضة ٥ /٧٠) •

(٢) ساقطة من ب •

(٣) قوله (القار) : قال ابن منظور : " ••• القار :وهو شيءٌ أسود تطلى به الإبل والسُّفن يمنع الماءَ أن يدخل ، و منه ضرب تُحْشَى به الخلاخيل والأسْوِرَة • و قَيَّرْتُ السفينة: طليتُها بالقار • وقيل :هو الزِّفْت" • (اللسان ٥ / ١٢٤ ، مادة " قير ") •

(٤) ب : البيريف •

(٥) (والعين ان) : ساقطة من ب •

(٦) ب : من •

أحدهما : يدخل فيه كاللَّبَن في الضَّرع ، ويُؤخَذ في الشفعة ، لأنه تبَعٌ لما فيه الشفعة كالثمرة غير المُؤبَّرة .

والوجه / الثاني : لا يدخل في البيع كالولد المنفصل ، والثمرة (١٥٨/أ-أ) المُؤبَّرة لِظُهوره كامِلَ المنفعة ؛ فانْ شرط في العقد دخل فيه ، ولم تجب فيه الشفعة .

وإنْ كان ما ينبع جاريًا لا يجتمع فيه :

فعلى قول أبي إسحاق (١) : لا يملك ، إلّا بالإجازة والأخذ . وإذا خرج عن مَعْدِنِه لم يمنع الناس منه .

وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة (٢) : إنَّه في المَعْدِن مملوك قبل إجازته وله منع الناس منه .

وإذا (٣) خرج من مَعْدِنِه ، فعلى هذا : هل يكون داخلاً في البيع ، إذا كان ظاهرًا وقت العقد ؟ على ما ذكرنا من الوجهين .

والضرب الثاني : أن يكون المَعْدِنُ جامدًا كمعادن الصُّفْر (٤) والنُّحَاس (٥) ، فكل ما فيه داخل في البيع ، لأنه تربة المَعْدِن ، فصار كالأرض .

ثم ينظر : فان كان قَسْمُه (٦) ممكنًا ، ويصير كُلُّ حصة منه إذا قُسِّمت مَعْدِنًا وجبت فيه الشفعة ؛ وإن كان بخلافه فلا شفعة .

مسألة

---

(١) هو أبو إسحق المَرْوَزيّ . سبقت ترجمته . (جـ ١ ، ص ٤٩) .

(٢) ب : (أبي علي بن أبي بن أبي هريرة) .

(٣) ب : فاذا .

(٤) قوله (الصُّفْر) : النُّحَاس الجيد ، وقيل : الصُّفْر ضرب من النحاس . (اللسان ٤٦١/٤ ، مادة "صفر") . وفي "المعجم الوسيط" (٥١٩/١) : هو النحاس الأصفر .

(٥) قوله (النحاس) : ضَرْبٌ مِن الصُّفْر . (اللسان ٢٢٧/٦ ، مادة "نحس") . وجاء تعريف النحاس في "المعجم الوسيط" (٩١٤/٢ ، مادة "نحس") : "عُنْصُرٌ فِلزيّ قابل للطَّرق ، يُوصَف عادةً بالأحمر لِقُرْب لونه من الحمرة" .

(٦) ب : قسمته .

١٩ ـ مسألة / (٩٦/ب ـ ب)

قال الشافعي رحمه الله(١) : فأما(٢) الطريق التي لا تملك: فلا شفعة فيها (٣) ولا بها (٣) (٤) ·

اختلف أصحابنا في مراد الشافعي رضى الله عنه(٥) بذلك · فقال أبو علي ابن أبي هريرة وأبو حامد الإسفرايني : أراد به أبا حنيفة في الدار تكون على طريق نافذة ، فلا شفعة في حَقِّها مِن(٦) الطريق في مَسْلَكٍ أو فِنَاءٍ؛ وهذا(٧) إجماع(٨) · لأنه غيرُ مملوكِ العَيْن ، وإنّما هو مستحق المنفعة· ولا شفعة بهذا الطريق فيما جاور أو قابل بخلاف قول أبي(٩) حنيفة(١٠) · لأنه لَمّا(*) لم يستحق فيه الشفعة ، فأولى أن لا يستحق به الشفعة(١١) ·

و قال

---

(١) ب : رضى الله عنه ·

(٢) المختصر : و أما ·

(٣) ب : ولأنه ·

(٤) انظر : المختصر ١٢٠/٨ ، و ر : الأم ٤/٤ ·

(٥) (رضى الله عنه) : من ب ·

(٦) ساقطة من ب ·

(٧) ب : هو ·

(٨) انظر: البدائع ٢٦٩١/٦ ، والفتاوى الهندية ١٦٦/٥ ، والموطأ ٧١٧/٢ ، وبداية المجتهد ١٩٤/٢ ، والفتح ٣٩٥/١١ ، والروضة ٧٢/٥ ، ومغني المحتاج ٢٩٨/٢ ، والمغني ٣٩٥٨/٢٣٤/٥ ، وكشاف القناع ١٣٩/٤ ·

(٩) جاء بعده في ب : (على) ·

(١٠) لا شفعة عند الحنفية فيما جاور أو قابل بطريق نافذة: فاذا بيعت دار على طريق نافذة ثبتت فيها الشفعة بسبب الجوار، لا بسبب الطريق، و ذلك إذا كان الجار ملاصِقًا · و أما إذا كانت الطريق غير نافذة تثبت فيها الشفعة لِمَا أنّ الطريق مشتركة بين أهل السكة ·
انظر: البدائع ٢٦٩١/٦ ، والفتاوى الهندية ١٦٦/٥ ، و ر : ص ٤١٨ ـ ٤١٩/ب/١ (فصل) ، رقم الهامش (٣) ·

(*) (لما) : ساقطة من ب ·

(١١) انظر : الفتح ٣٩٥/١١ و ما بعدها ، والروضة ٧٢/٥ ، ومغني المحتاج ٢٩٨/٢ ، ونهاية المحتاج ١٩٩/٥ ·

وقال / أبو إسحاق المروزي وأبو علي الطبري : أراد به مالكًا[1] (١٥٨/أ ـ ب) في الدار يكون لها طريق مستحق في دارٍ أُخْرَى مِن غير ملك في التربة : فلا شفعة في هذا الطريق وحدها (٢) • لأنها (٣) منفعة مستحقة، وليست عَيْنًا مَمْلُوكَةً ، ولا شفعة بهذا الطريق فيما هو مستحق فيه من الأرض، و لا لهذه الأرض شفعة فيما يستحق له بهذا الطريق بخلاف قول مالك (٤) : فانه (*) جَعَلَ الشفعةَ بهذا الطريق واجبةً لكل واحدة مِن الدارين في الأخرى (٥) •وبه قال أبو العباس بن سريج (٦) •

استدلالاً برواية أبي سلمة عن جابر ،قال : " إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم الشفعةَ في كل ما لم يقسم، فاذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة " (٧) •

فدلّ (٨) على أنّ ما لم يُصْرَف عنه الطرق ففيه الشفعة• ولأنه قد يتأذّى بسوء الاستطراق، كما يَتَأذّى بسوء الاشتراك• فاقتضى أن يستحق الشفعة بهما ، كما يستحق بأحدهما •

وهذا خطأ لرواية أبي سلمة عن أبي هريرة رضى الله عنه (٩) ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إِذَا قُسِّمَت الأرضُ وَحُدِّت فلا شُفْعَةَ فيها "[10] •

ولأن

---

(١) يعني الامام مالكا رحمه الله •

(٢) ب : وحده •

(٣) ب : ولأنها •

(٤) و الحنابلة كالشافعية فيما ذكره المؤلف • (انظر : المغني ٥/ ٢٣٣ ـ ٢٣٤/ ٣٩٥٨، وكشاف القناع ٤/ ١٣٩، وشرح منتهى الارادات ٢/ ٤٣٥ •

(*) ب : حيث •

(٥) وما نسبه المؤلف إلى الإمام مالك خلاف ما ثبت عنه، حيث ورد في كتب المالكية : أن الجار لا شفعة له ،و لو ملك انتفاعا بطريق الدار التي بيعت، كمن له طريق في دار فبيعت الدار، لا شفعة له فيها في قول مالك بالشركة بالطريق • (انظر : المدونة ٥/ ٤٠١ ـ ٤٠٢، والخرشي ٦ / ١٦٣،والشرح الصغير ٤/ ١٠٩، والشرح الكبير ٣/ ٤٧٤) •

(٦) انظر: الفتح ١١/ ٣٩٦ •

(٧) تقدم تخريج الحديث• (ص ٤٢٦) •

(٨) ساقطة من ب •

(٩) (رضى الله عنه) : من أ •

(١٠) تقدم تخريج الحديث • (ص ٤٢٨) •

ولأنّ المنافعَ المستحقة في الأملاك لا توجب الشفعة كالإجارة، ولأنّ[1] تميز [1] الأملاك يمنع مِن استحقاق الشفعة [2] كصرف الطرق [2]، و (٣) لأنّ ما لا تملك فيه الشفعة، فأولى أنْ لا تملك به الشفعة.

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم ـ " فاذا (٤) وقعت الحدود و صُرِفَت الطرق، فلا شفعة " (٥) ـ : فهو أنه ليس ارتفاع الشفعة بوقوع الحدود و صرف الطرق دليلاً (٦) على ثُبُوت / الشفعة بوقوع (٩٧/ب ـ أ) الحدود / و بقاء الطرق؛ و إنّما يحتاج [7] إلى طلب الدلالة[7] (١٥٩/أ ـ أ) عليه. وقد رُوِى أنه قال: " فاذا (٨) وقعت الحدود، فلا شفعة " (٩).
فنستعمل الخَبَرَيْنِ [10]، فنقول :

إذا وقعت الحدود وصُرِفَت الطرق، فلا شفعة بالخبر الأوّل؛ و إذا وقعت الحدود ولم تُصَرَّف الطرق، فلا شفعة بالخبر الثاني، كما رُوِى، أنه قال : " مَنْ مَسّ فَرْجَهُ وأُنْثَيَيْه تَوَضَّأَ " (١١)، و رُوِى : " مَنْ مَسَّ فَرْجَهُ تَوَضَّأَ " (١٢).

و قد

---

(١) ب : و لا تميز .
(٢) أ : (كالمصرف الطرق)، ب : (المصروف الطرق). صحّحتُها لما اقتضاه السياق .
(٣) ب : أو .
(٤) ب : اذا .
(٥) سبق تخريج الحديث. (ص ٤٢٦).
(٦) أ : (دليل)، ب : (دليلا).
(٧) ب : (الى ترقب الأدلة).
(٨) ب : اذا .
(٩) سبق تخريج الحديث. (ص ٤٢٦).
(١٠) ب : (فتسميتها له قد بين).
(١١، ١٢) : أخرجه ـ في كتاب الطهارة / باب الوضوء من مس الذكر ـ كل من أبي داود (١/٤١)، والترمذى (١/٥٥/٨٢)، والنسائي (١/١٠٠)، وابن ماجه (١/١٦١/٦٣)، والحاكم (١/٣٦ـ٣٨)، والدارمي (١/١٨٤ـ ١٨٥ كتاب الوضوء ـ باب الوضوء من مس الذكر)، و مالك (١/٤٢) عن بسرة بنت صفوان مرفوعًا بألفاظ متقاربة. واللفظ عند الدارمي ما نصّه : " من مس فرجه فليتوضأ ". و رواه الحاكم عن أبي هريرة بهذا اللفظ، وصححه. وجاء الحديث في بعض الروايات بلفظ: " إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ ". صححه الترمذى، كما صححه السيوطي في " الجامع الصغير مع شرحه فيض القدير " (٦/٢٢٨/ ٩٠٤٦). ولم أقف للحديث على رواية تناولت لفظة " أنثييه ". والحديث في مسند أحمد : ٢/٢٢٣، ٥/١٩٤ .

وقد قيل : إنّما ذكر صرف الطرق ، لِأَلاّ يقول قائل (١) :

إنّ الطريق المملوكة تبطل الشفعة فيها لبطلانها في المحدود عنها ، فأُثبت الشفعة في الطريق مع بطلانها في الأصل .

وأما التَّأَذِّي بسوء الاستطراق ، فليس مجرد الأذى علةً في استحقاق الشفعة ما لم ينضم إليه الخوفُ مِن مُؤْنَة القَسْم (٢) . وقد مضى ذلك في غير موضع (٣) . والله أعلم (٤) .

مسألة .

---

(١) ب : قول القائل .

(٢) ب : القسمة .

(٣) ر : ص ٤٣٥/ب/١ (فصل) ، و ص ٥٧٢/١٨ ـ مسألة .

(٤) قوله (والله أعلم) : لم يثبت في ب .

٢٠ ـ مسـألـة

قال الشافعي رضي الله عنه(١): فأما(٢) عرصة الدار تكون محتملة لِلْقَسْمِ(٣) وللقوم طريق(٤) إلى منازلهم. فاذا بِيعَ منها شئ ففيه الشفعة(٥).

وصورتها في عرصة تُحِيطُ بها دُورٌ، وهي مشتركة بين أرباب الدُّور مرفوعة بين أهلها(٦)، (٧) فهذه مملوكة(٧) بخلاف الطريق النافذة، وبَيْعُ كُلِّ واحدٍ منهم لحصته(٨) جائز، والبناء فيها سائغ.

فاذا باع أحدُهم دارَهُ مع حصتها مِن العرصة ـ فعند مالك(٩) وأبي العباس

---

(١) (رضي الله عنه): من ب.
(٢) المختصر: وأما.
(٣) ب: للقسمة.
(٤) ب: طرق.
(٥) انظر: المختصر ٨/١٢٠، و ر: الأم ٤/٤.
(٦) ب: (من فزعه بين المكها).
(٧) ساقطة من ب.
(٨) أ: لحصته، ب: بحصته.

(٩) إنّ ما نسبه المصنف إلى الإمام مالك خلاف ما ثبت عنه في كتب المالكية. وفيما يلي تفصيل ذلك:

قال الإمام مالك ـ رحمه الله ـ في "الموطأ" (٢/٧١٧): لا شفعة في عرصة إذا صَلُحَ القَسْمُ فيها أو لم يَصْلُح. رواه عنه أيضًا ابن القاسم في "المدونة" (٥/٤٠١ـ٤٠٢). قال ابن عبد البر النمري في "كتاب الكافي" (٢/١٧٩): والعرصة يتركها أهلها للارتفاق، والاستطراق، فلا شفعة فيها. ونقل ابن رشد في "بداية المجتهد" (٢/١٩٤) عن مالك أنه قال بعدم ثبوت الشفعة في الطريق وفي عرصة الدار، ثم قال: "ووافق الشافعي مالكاً (على عدم ثبوت الشفعة) في العرصة وفي الطريق وفي البئر". وقال الخرشي (٦/١٧٠): "إنّ الدار إذا قُسِّمَت بُيُوتُها لا شفعة في عرصتها أي في ساحتها، وسواء باع مع ما حصل له من البيوت بالقسمة أو باع العرصة وحدها، ـ ولو أمكن قَسْمُها ـ، لأنّ العرصة لَمّا كانت تابعة لِمَا لا شفعة فيه (وهو البيوت المنقسمة) كانت لا شفعة فيها. وكذلك لا شفعة في الممرّ إذا كانت الدار بين قوم اقتسموا بيوتها وتركوا الممر ينتفعون به وباع أحدهم ما يخصه فيه، فلا شفعة للبقية سواء باع حصته من الممر مع ما حصل له من البيوت بالقسمة أو باع حصته في الممر وحده ولو أمكن قسمه".

وانظر أيضًا غير المصادر المذكورة أعلاه: الشرح الصغير ٤/١٠٩ =

العباس بن سريج (١) ـ أنَّ الشفعة واجبة في الدار المَحُوزَة وفي حصتها من العرصة للاشتراك في العرصة كالمسألة الماضية (٢) . / (١٥٩/أ ـ ب)

وعلى مذهب الشافعي (٣ رضي الله عنه : لا شفعة في الدار لإحازتها وغيرها (٤) . فأما العرصة، فإن كانت ضَيِّقة لا تحتمل القسمة، فـ ٣) إنَّهُ (٥) لا شفعة فيها (٦) .

وإنْ كانت واسعةً تحتمل (٧) القسمة، وينتفع كُلٌّ واحدٍ منهم (٨) بحصته مِن العرصة ؛ فلا يَخْلُو حال الدار المبيعة مِن أَنْ يكون لها طريق مِن غير العرصة أم لا :

فإن

═ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٨٢/٣، وأسهل المدارك ٣٧/٣، وجواهر الإكليل ١٦٠/٢ .

قوله (الممرّ) : أي الطريق، وهو المعروف بالمُجَاز الذي يتوصّل منه إلى ساحة الدار . (الشرح الصغير نفسه، ١١٣/٤) .

والحنابلة كالشافعية في المسألة . (انظر: المغني ٢٣٣/٥/٣٩٥٨، وكشاف القناع ١٣٩/٤، وشرح منتهى الإرادات ٤٣٥/٢) .

وأما عند الأحناف فتثبت فيها الشفعة سواء أكانت تُقَسَّم جبْرًا أو لم تُقَسَّم . وذلك للاشتراك في العرصة أولاً، ثم للجوار أيضًا . وقد مضى الكلام عليه . (ر : ص ٤١٨ ـ ٤١٩/ب/١ (فصل)، رقم الهامش ٣، و ص ٥٨١ / ١٩ ـ مسألة، رقم الهامش ١٠) .

---

(١) انظر : الفتح ٣٩٦/١١، والمغني ٢٣٣/٥/٣٩٥٨ .

(٢) ر : ص ٥٨٢ / ١٩ ـ مسألة .

(٣) ما بين القوسين من ب، ساقطة من أ .

(٤) وهو المذهب على ما ذكره الرافعي، وقال النووي : لا شفعة لشركاء الممر في الدار على الصحيح . (انظر : الفتح ٣٩٦/١١، والروضة ٧٢/٥) .

(٥) (انه) : من أ .

(٦) وهو على الصحيح . (انظر: الفتح نفسه، والروضة نفسها، ومغني المحتاج ٢٩٨/٢، ونهاية المحتاج ١٩٩/٥) .

(٧) أ : (تحمل)، ب : (تحتمل) .

(٨) ب : من الشركاء .

فان كان لها طريق من غير العرصة وجبت الشفعة في حصتها من العرصة بحصتها من الثمن (١)، ويكون المشتري بدخوله على مثل هذه الحال مؤثرًا (٢) لتفريق صفقته. وقد سقط حق المشتري من استطراق العرصة لزوال ملكه بالشفعة عمّا اشتراه من العرصة .

وإنْ لم يكن للدار المبيعة طريق من غير العرصة، ففي وجوب الشفعة في العرصة ثلاثة أوجه / : (٩٧/ب ــ ب)

أحدها : أنه لا شفعة فيها، وهو الظاهر من مذهب الشافعي رضى الله عنه (٣)، لأن (٤) ما لا تستغني الدار عنه، فهو من مرافقها التي لا يصح إفرازه عنها. ولأنه لا يجوز أن يُزال الضررُ عن الشركاء بادخال ما هو أعظمُ منه على المشتري .

والوجه الثاني ــ وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ــ : أن الشفعة واجبة في العرصة، ويبطل استطراق المشتري فيها . لأنه دخل على علم واختيار، فصار هو المُضِرّ بنفسه .

والوجه الثالث : أن الشفعة في العرصة واجبة وحق الاستطراق (٥) فيها ثابت بغير ملك في التُرْبَة (٦) لزوال الضرر عن الفريقين . وعلى هذا الوجه: لو باع رجل دارًا ليس لها (٧) طريق كان البيعُ باطلاً . وعلى الوجه الذى (٨) قبله يكون البيع جائزًا .

فصل

---

(١) وهو على المشهور كما ذكره الرافعي، وقال عنه النووى: وهو على الصحيح . (انظر: الفتح ١١/٣٩٦ــ٣٩٧، والروضة ٥/٧٢، ور : مغني المحتاج ٢/٢٩٨، و نهاية المحتاج ٥/١٩٩) .

(٢) ب : مؤيدا .

(٣) (رضى الله عنه) : من ب .
وهو أصح الأوجه الثلاثة عند الأصحاب من العراقيين وغيرهم على ما ذكره الرافعي، وتابعه على ذلك النووى. (انظر: الفتح ١١/٣٩٧ــ٣٩٨، والروضة ٥/٧٣) .

(٤) ب : ان .

(٥) أى حق المرور والاجتياز . (انظر: الفتح ١١/٣٩٨) .

(٦) ب : الشركة .

(٧) ب : اليها .

(٨) ب : الثاني .

فعلى هذا : لو أخذت حصة الدار من العرصة با / لشفعة (١٦٠/أ ـ أ) واستحق المشتري الاستطراق إلى داره في العرصة، نظر في أخذ الحصة:

فان أخذها جميع الشركاء في العرصة فله حق الاستطراق على جميعهم، حتى لو اقتسموا كان له أن يستطرق حصة مَنْ شاء منهم. وإن أخذ الحصة أحدهم، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يستحق الاستطراق في حصة (١ الآخذ منه بالشفعة دون غيره من الشركاء، حتى لو اقتسموا لم يكن لهم استطراق حصة ١) غيره، لأن طريق الدار صار في حصته.

والوجه الثاني: أنه يستحق الاستطراق على جميعهم، لأن حصته (٢) منفعة شائعة في جميع العرصة، فلم يصح إحازتها بالقسمة (٣).

٢٠/أ (فصل)

فأما إذا اتسعت العرصة عن استطراق الشركاء ـ لو اقتسموا، وكان نصفها لو اقتسموه كافيًا لاستطراقهم ـ فالشفعة في الفاضل من العرصة عن استطراقهم واجبة وجهًا واحدًا، ولا يملك المشتري فيه استطراقًا، وفي وجوبها في المستطرق ثلاثة أوجه على ما ذكرنا. والله أعلم بالصواب (٤).

مسألة

(١) ما بين القوسين من ب، ساقط من أ.
(٢) أ: (حقه)، ب: (حصته).
(٣) جاء بعدها في ب: (والله أعلم).
(٤) قوله (والله أعلم بالصواب): لم يثبت في ب.

٢١ ـ مسألة

قال الشافعي رحمه الله (١) : وَلِوَلِيِّ اليتيم وأَبِي(٢) الصَّبِيِّ أن يأخذا (٣) الشفعة لِمَنْ يليان عليه(٤) إذا كانت غِبْطَةً(٥) . فان لم يَفْعَلا ، فاذا وَلِيَا مَالَهُمَا أَخَذَاهَا (٦) .

وهذا كما قال : اعلم أَنَّ الصبيّ والمجنون إذا وجبت لهما الشفعة لَمْ يَخْلُ حالهما من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون في أخذها لهما حَظٌّ وغِبْطَةٌ(٧)، / فعلى (٩٨/ب ـ أ) وَلِيِّهِمَا أَنْ يأخذها (٨) لهما (٩) .

و قال

---

(١) ب: (رضى الله عنه) .

(٢) المختصر : أبـي ؛ أ ، ب : أب .

(٣) ب : يأخذ .

(٤) ساقطة من المختصر .

(٥) قوله (اذا كانت غبطة) : أى إذا كانت في أخذ الشفعة مصلحة ، كما سيأتي بعد سطور . (وانظر: الفتح ١١ /٥٠٠ ، والروضة ٥ /١١٤) .

(٦) أ : (أخذاهما) ؛ ب ، المختصر : (أخذاها) .
انظر : المختصر ٨ /١٢٠ .

(٧) قوله (حظ وغبطة) : قال ابن قدامة : " مثل أن يكون الشراء رخيصاً ، أو بثمن المثل ، وللصبي مال لشراء العقار لزم وليّه الأخذ بالشفعة ، لأنّ عليه الاحتياط له ، والأخذ بما فيه الحظ " . (المغني ٥ / ٢٥٣ /٣٩٨٦ ، وانظر: كشاف القناع ٤ /١٤٥ ـ ١٤٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ /٤٣٩) .

(٨) ب : يأخذهما .

(٩) وهو محل الاتفاق بين المذاهب الأربعة والظاهرية .
انظر: المبسوط ١٤ /٩٨ ـ ٩٩ ، والبدائع ٦ /٢٧٠٨ ، وتبيين الحقائق ٥ /٢٦٣ ، والمدونة ٥ /٤٠٣ ، والشرح الصغير ٤ /١٠٨ ـ ١٠٩ ، والفتح ١١ /٥٠٠ ، والروضة ٥ /١١٤ ، والمغني المذكور ، والإنصاف ٦ /٢٧٢ ـ ٢٧٣ ، وكشاف القناع المذكور ، والمحلى ٩ /٩٤ / ١٥٩٨ .

وقال ابن أبي لَيْلى (١) : لا يجوز للوليّ أن يأخذها لهما ،/ (١٦٠/أ ـ ب) لأنها موقوفة على شهوات النفوس (٢) .

وهذا خطأ . لأن الوليّ مندوب إلى فعلِ ما عَادَ بصلاح مَنْ يلي عليه في استيفاء حقوقه كالديون والرد بالعيوب ، وليس ـ إذا كان الأخذ بالشفعة موقوفًا (٣) على شهوات النفوس ـ ما يوجب امتناع الولي منه ، إذا كان فيه صلاح له ، كشراء الأملاك : هو موقوف على الشهوات ، وللولي أن يشترى له منها ما كان فيه الصلاح .

فاذا تقرّر هذا ، فللولي حالتان : حالة يأخذ الشفعة ، وحالة يردّها .

فان أخذها لزمت المُولَى (٤) عليه ، وصارت ملكًا له ، ولم يكن له إذا صار رشيدًا أن يردّ ، كما لا يردّ ما اشتراه ، إذا كان فيه (٥ غبطة (٦) .

فان عفا عنها الوليّ ٥) ولم يأخذها ، فللمُولَى عليه إذا بلغ رشيدًا

أن

---

(١) سبقت ترجمته . (ص ٤٨٦) .

(٢) ولم أقف على تعليل المصنف لقول ابن أبي لَيْلَى فيما اطلعت عليه في مظانه من المصادر . فقال السرخسي في وجهة ابن أبي ليلى : " ... فانه كان يقول : لا شفعة للصغير ، لأن وجوبها لدفع التأذى بسوء المجاورة . وذلك من الكبير دون الصغير ، ولأنّ الصغير في الجوار تبع " . (المبسوط ١٤/٩٨ـ ٩٩) .

وممّن ذهب إلى قول ابن أبي ليلي : النخعي والحارث العُكْليّ على ما ذكره ابن قدامة . وقال في وجهتهم : " لأن الصبى لا يمكنه الأخذ ، ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لِمَا فيه من الإضرار بالمشتري ، وليس للولي الأخذ ، لأنّ مَنْ لا يملك العفو لا يملك الأخذ " . (المغني ٥/٢٥٢/٣٩٨٥) .

وانظر أيضًا قول ابن أبي ليلى في (اختلاف العراقيين للشافعي بهامش الأم ٤/٧ ، والمُحَلّى ٩/٩٤/١٥٩٨) .

(٣) ب : موقوفة .

(٤) أ : (المولا) ، ب : (الولا) .

(٥) ب : (حظ وان رد الولى الشفعة) .

(٦) انظر : الروضة ٤/١٨٩ ، كتاب الحجر .

أن يأخـذ هـا (١) .

و قال أبوحنيفة : قد (٢) بطلت شفعته بردّ الولي ، وليس له أخذها إذا بلغ (٣) . لأن عَفْوَ مَنْ له الأخذ يُبْطِلها كالشـريك .

و هذا فاسـد . لأنّ عَفْوَ الولي عن الحقوق الثابتة مردود كالإبراء والردّ بالعيب ، و إنْ كان (٤ من المالك ماضيًا ٤) .

فصـل

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٢/٣٠٧ .

وبه قال محمد و زفـر صاحبا أبي حنيفة .

و قال المالكية : لو أسقط الولي حق شفعة المُولـى عليه على غير وجه ، فلا تسـقط ، فله الأخذ بها إذا بلغ رشيدًا . أما إذا أسقطها لنظر (أى على وجه) فسقطت ، وليس له أن يأخذها إذا بلغ . قال الدسـوقي مـن فقهاء المالكية : " وظاهر المدونة (٥/٤٠٣) أنّ الشفعة تسـقط إذا أسقطها الأب أو الوصـيّ ، و لو كان الإسـقاط بلا نظر ... و سبب الخلاف : هل الشفعة استحقاق أو بمنزلة الشـراء ؟ فعلى الأول : لهما الأخذ بعد إسقاطها ؛ و على الثاني : لا أخذ لهما ، إذ لا يلزم الوصـيّ إلاّ حفظ مال المحجور ، لا تنميتـه " . (حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣/٤٨٦) .

وقال الحنابلة : لِلْمُولـى عليه الأخذ بالشفعة إذا بلغ رشيدًا كمـا ذكره ابن قدامة وغيره ، فقال ابن قدامة : " إنّ للصغير إذا كبر الأخذ بهـا ، سـواء عفا عنها الولي ، أو لم يعف ، و سواء كان الحظ في الأخذ بها أو في تركها ، و هو ظاهر كلام أحمد " .(المغني ٥/٢٥٢/٣٩٨٥) .

انظر : البدائع ٦/٢٧٠٨ ، و تبيـين الحقائق ٥/٢٦٣ ، ومجمـع الأنهر ٢/٤٨٧ ، والخرشي ٦/١٧٣ ، والشرح الصغير ٤/١١٥-١١٦ ، والشرح الكبير ٣/٤٨٦ ، والإنصاف ٦/٢٧٢ ، وكشاف القناع ٤/١٤٥ ، وشرح منتهى الإرادات ٣/٤٣٨-٤٣٩ .

(٢) ساقطة من ب .

(٣) و إلى قول أبي حنيفة ذهب أبو يوسف . و وجهتهما في ذلك : أنّ الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ، فتسـليمه امتناع من الشراء ، وللولي ولاية الامتناع مـن الشـراء .

وإذا سكت الولي أو الوصـيّ عن طلب الشفعة ، فيبطل حَقّ الشفعة عندهما ، خلافًا لمحمد وزفـر .

وإن لم يكن للصبيّ وصـيّ ، فهو على شفعته إذا أدرك ، لأن الحق قد ثبت له ، ولم يتمكن من اسـتيفائـه قبل الإدراك .

انظر : المبسوط ١٤/٩٩ ، والبدائع ٦/٢٧٠٨-٢٧٠٩ ، وتبيـين الحقائق ٥/٢٦٣ ، ومجمع الأنهر ٢/٤٨٧ .

(٤) ب : مالكا قاضيا .

١٥٥ و

أ ٢١/ (فصـــل)

والقسم الثاني : أن لا (١) يكون لِلمُـولَـى عليه حظّ في أخذ الشفعة : إما لزيادة الثمن ، وإما لأنّ صرف ذلك في غيره مِن أموره أهـمّ : فلا يجوز للولي أن يأخذها ، كما لا يجوز أن يشـترى له ما لا حظّ له في شـرائه (٢) ٠

فان أخذها (٣) كان أخذها (٤) باطلا ، كما لو / اشـترى (١٦٠/أ ب ـ) له ما لا حظّ له في شرائه ، ولا يصير الشقص للولي (٥) بخلاف الشراء ٠

والفرق بينهما : أنّ الولي لمّا جاز أن يشـترى لنفسـه ما اشـتراه (٦) لمن يلي عليه ، جاز أن يصير له الشـراء عند بطلانه لمن يلي عليه ؛ ولمّـا لم يجز أن يأخذ لنفسـه بالشفعة ما يأخذه لمن يلي عليه ، لم يجز أن يصـير له الشفعة عند بطلانها لِمَن يلي عليـه ٠

فاذا تقـرّر أنّ الشفعة مردودة ، والولي من أخذها ممنوع ؛ فبلغ المُـولـى عليه رشيدًا ، فأراد أخذ الشفعة ، ففيه وجهـان :

أحدهما ـ وهو قول أبي إسحق المروزى و أبي علي بن أبي هريرة ـ : أن شـفعته قد بطلت بترك وَليّهِ ، وليس له أخذها بعد رشـده ، لأنه لمّا قام أخذ الولي مقامَ أخذه ولم يكن / له الرّد ، قام ردّ الولي مقام ردّه ، (٩٨/ب ـ ب) ولم يكن له الأخذ ؛ كالردّ (٧) بالعيب طردًا ، وكالقصاص (٨) عكسًا (٩) ، لِمَا لم يكن للولي ~~أخذه~~ أخذه لم يؤثر فيه ردّه ٠

والوجه الثاني : أنّ شفعته باقية ، لا تبطل بترك وليه ، وله أخذها بعد رشـده ٠ لأن اعتبـار الحظّ فـي الأخذ بالشفعة إنّما يكون فيمن أخذها لغيره

---

(١) (لا) : صححت في ب على الهامش ٠
(٢) انظر : الفتح ١١/٥٠٠ ، والروضة ٥/١٤٤ ٠
(٣) (الهاء) : صححت في أ ، وفي ب : (أخذها) ٠
(٤) (الهاء) : صححت في أ ، وفي ب : (أخذه) ٠
(٥) ب : للمولى عليه ٠ (٦) أ : (ما اشترى) ٠ (٧) ب : (بالرد) ٠
(٨) انظر : الروضة ٤/١٨٩ ، كتاب الحجر ٠
(٩) قوله (كالرد بالعيب طردًا) : يعني أنه إذا ردّ الولي بالعيب لم يكن للمولى عليه أخذه بعد أن بلغ رشيدًا ٠ وقوله : (كالقصاص عكسا) : يعني أن الولي إذا عفا عن القصاص للمولى عليه ، وله أن يقتص إذا بلغ رشـيدًا ٠

لغيره كالولي ، ولا يُعْتَبَرُ فيمن أخذها لنفسه •

ألا ترى: أن الشفيع لو أخذ لنفسه ما لَا حَظَّ له في أخذه جاز• فلذلك مُنِعَ الولي مِن أن يأخذها عند عدم الحظ في أخذها ، لأنه والٍ ، ووجود الحَظّ معتبر في أخذه• وجاز لِلمُولَى عليه إذا بلغ رشيدًا أن يأخذها مع عدم الحَظّ في أخذها • لأنه مالك ، ووجود الحَظّ غير معتبر في أخذه[1]. / (١٦١/أ ـ ب)

ب/٢١ (فصـــل) (*)

والقسم الثالث : أنْ يستوى حَظّ المُولَى عليه في (٢) أخذ الشفعة وتركها ، ففي أخذ الولي لها ثلاثة أوجه :

أحدها : (٣ لا يجوز ٣) له أن يأخذها مالم يظهر الحَظّ في أخذها • لأنّ وجود (٤) الحَظّ معتبر فيه(٥) •

والوجه الثاني : يجب عليه أن يأخذها • لأن الأخذ بالشفعة أَحَظّ(٦) ما لم يظهر ضرر •

والوجه الثالث : أنه مُخَيّر بين أخذها وتركها لاستواء الحالين •

فعلى هذا : إنْ قلنا بوجوب أخذها عليه، وأنه مخير ، فتركها : فللمُولَى (٧) عليه إذا بلغ رشيدًا أن يأخذها ؛ و (٨) إنْ قلنا بمنعه من أخذها : فهل للمُولَى عليه أن يأخذها بعد رشده؟ على ما ذكرنا من الوجهين •

مسألة

---

(١) والأصح من الوجهين هو الأول : أى عدم جواز أخذ الصبي الشفعة بعد رشده• و به قال الغزالي ، وتابعه على ذلك الرافعي والنووى •
انظر: الوجيز وشرحه فتح العزيز ١٠ / ٢٩١ـ٢٩٢ ، والروضة ٤ / ١٨٩ (كتاب الحجر) •

(*) (فصل) : ساقط من ب •

(٢) ب : علي •

(٣) (لا يجوز) : من ب ؛ وفي أ : (يجوز) •

(٤) ب : وجوب •

(٥) ساقطة من ب •

(٦) ب : حظ •

(٧) ب : للمولى ، (الفاء) : ساقطة •

(٨) ساقطة من ب •

٢٢ ـ مسألة

قال الشافعي رضى الله عنه (١) : وإذا (٢) اشترى شقصاً على أنهما بالخيار جميعا (٣) ، فلا شفعة حتى يُسَلِّمَ البائعُ . وإن (٤) كان الخيار للمشتري دون البائع، فقد خرج مِن ملك البائع، وفيه الشفعة (٥) .

اعلم أن ما يثبت (٦) من الخيار (٧) في البيع على أربعة أقسام : خيار عقد ، وخيار شرط، وخيار رؤية، وخيار عيب .

فأما (٨) القسم الأول ـ وهو (٩) خيار العقد ـ : فهو (١٠) خيار المجلس (١١) ، فلا يستحق فيه الشفعة إلاّ بعد تَقَضّيه بالافتراق عن تمامٍ وإمْضَاءٍ ، وسواء قيل : إنّ الملك مُنْتَقِلٌ بنفس العقد ، أو بالافتراق مع تقديم العقد ،لأن ثبوت الفسخ لِكُلِّ واحدٍ منهما يمنع مِن استقرار العقد بينهما . ولأن البائعَ لَمَّا لم يلزمه عقد المشتري، فأولى / أن / لا يلزمه شفعة الشفيع . (١٦٢/أ ـ أ) (٩٩/ب ـ أ)

فإذا (١٢) افترقا عن تمامٍ وإمْضَاءٍ استحق الشفيعُ حينئذٍ أن يأخذ بالشفعة .

و بما

---

(١) (رضى اللهعنه) : من ب .
(٢) ب : (ولو) ، المختصر : (فان) .
(٣) المختصر : (على أنهما جميعا بالخيار) .
(٤) المختصر : ولو .
(٥) انظر: المختصر ١٢٠/٨ ، و ر : الأم ٤/٤ .
(٦) ب : ثبت .
(٧) قوله (الخيار) : " هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه " . (الشربيني ، مغني المحتاج ٤٣/٢ ، كتاب البيع) .
(٨) ب : (أما) ؛ (ألفاء): ساقطة .
(٩) ب : فهو .
(١٠) ب : وهو .
(١١) يرجع في تفصيل الكلام على خيار المجلس إلى (المجموع للنووى وهو مطبوع مع فتح العزيز ١٨٤/٩ وما بعدها ، والروضة ٤٣٢/٣ وما بعدها ، و المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٤٣/٢ وما بعدها) .
(١٢) ب : (اذا) ، (الفاء) : ساقطة .

وبما يَصير[إذا] الشفيعُ مالِكًا لها ؟ على ثلاثة أقاويل في [من اختلاف أقاويله] انتقال (١) الملك (٢) :

أحدها : يكون مالِكًا لها (٣ بنفس العقد ، وإنْ مُنِعَ من الأخذ إلاّ بالافتراق . وهذا على القول الذى ٣) يقول (٤) فيه : إنّ الملك منتقل بنفس العقد .

والقول الثاني : أنّه يكون مالِكًا للشفعة بافتراقهما عن تراضٍ . وهذا على القول الذى يقول فيه : إنّ الملك لا ينتقل إلاّ بالعقد والافتراق .

(٥ والقول الثالث : أنّ ملك الشفعة كان موقوفًا على إتمام العقد وإمْضائه ٥) فتمامه يَدُلّ على تقديم ملكها بالعقد ، وفسخه يَدُلّ على أنه لم يملكها بالعقد . وهذا على القول الذى يقول فيه : إنّ الملك موقوف مُراعًى (٦) (٧) .

فاذا

---

(١) أ : (انتفاء) ، ب : (انتقال) .

(٢) انظر أقوال الشافعي الثلاثة في انتقال الملك في (المهذب ١٤/ ٣٠٩ ، و ٢١١/٩ وما بعدها (كتاب البيع) مع المجموع للنووى ، والروضة ٣/ ٤٤٨ ، (البيوع ـ خيار المجلس والشرط ...) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٤) ب : فقول .

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ب .

(٦) أ : (مراعا) ، ب : (مراعى) .

قوله (ان الملك موقوف مراعى) : أى فان تم البيع بَانَ أنّ الملك للمشتري مِن حين العقد ، وإلاّ فللبائع ، وكأنه لم يخرج عن ملكه . (انظر : المنهاج مع شرحه مغني المحتاج ٤٨/٢ ، كتاب البيع ـ باب الخيار) .

(٧) قال النووى عن الأصح من هذه الأقوال في "المجموع" (٢١٤/٩) :

" واختلف أصحابنا في الأصح من هذه الأقوال : فصححت طائفة القولَ بأنّ المشتري يملك بنفس العقد . منهم : الشيخ أبوحامد ، والماوردى ، والقاضي أبو الطيب ، وإمام الحرمين ، وغيرهم ... وصححت طائفة قولَ الوقف . ممن صححه البغوى . وصححت طائفة التفصيلَ ، فقالوا : إنّ كان الخيار للبائع ، فالأصح أنّ الملك له ؛ وإنّ كان الخيار لهما ، فالأصح أنه موقوف " . وممن صحح هذا التفصيل القفال ، والرياني ، والرافعي على ما نقله عنهم النووى في " المجموع " (٢١٤/٩) . وقال عنه في كتابه " الروضة " (٤٤٨/٣) : إنّه الأشبه والتوسط . وانظر أيضًا في المسألة : (المنهاج مع شرحه مغني المحتاج ٤٨/٢) .

[وان كان الخيار للمشترى وحده ، فالأصح أن الملك له ؛]

فاذا أخذ الشفيع ذلك بالشفعة بعد الافتراق عن تراضٍ (١) بحكمٍ أو بغير حكمٍ ، فهل يثبت له بعد الأخذ خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين لأصحابنا :

أحدهما : أَنّ له خيارَ المجلس • لأنه يملكه بمعاوضة كالبيع •

والوجه الثاني — وهو أصح — : أنه لا خيار له (٢) • لأنّ الشفعة موضوعة لرفع (٣) الضرر بها كالردّ بالعيب الذى لا يملك فيه بعد الردّ خياراً ، وليس كالبيع الموضوع للمعاينة و طلب الأرباح •

٢٢/أ (فصـــل)

وأما القسـم الثاني — و هو (٤) خيار الشـرط(٥) — : فهو(٦) مسـألة الكتاب ، وله ثلاثة أحوال :

أحدها / : أَنْ يكون خيار الثلاث مشـروطاً للبائع والمشـتري (٧) • (١٦٢/أ — ب)

والحال الثانية : أَنْ يكون مشـروطاً (٨) للبائع دون المشـتري • والحال الثالثة : أن يكون مشـروطاً (٨) للمشـتري دون البائع •

فان

---

(١) ب : قـراض •

(٢) وقد صححه الأكثرون على ما قاله النووى •

(انظر : الروضة ٨٥/٥ ،والمنهاج وشـرحه مغني المحتاج ٢/ ٤٤ — البيوع — بابالخيار)

(٣) ب : لدفع •

(٤) ب : هي •

(٥) يرجع في تفصيل الكلام في خيار الشرط إلى (الهداية ٢٩٨/٦ وما بعدها ، والاختيار ١٢/٢ ، وبداية المجتهد ١٥٨/٢ ،والخرشي ١٠٩/٥ ، والمهذب للشيرازى وشرحه المجموع للنووى ١٨٨/٩ وما بعدها ،والروضة ٤٤٢/٣ وما بعدها ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٤٦/٢ وما بعدها ، والمغني ٤٨٢/٣ وما بعدها ،والروض المربع ١٧٢/٢ وما بعدها ، وكشاف القناع ٢٠٢/٣ وما بعدها — بيع الخيار —) •

(٦) أ : (فهي) ، ب : (وهي) ، والصحيح ما أثبتناه •

(٧) ب : دون المشـترى •

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب •

فان كان الخيار مشروطًا للبائع والمشتري، أو للبائع دون المشتري: فلا حق للشفيع في أخذه بالشفعة ما لم تنقض مدة الخيار لما ذكرنا في خيار المجلس(١).

فاذا تَمّ البيعُ بينهما بتقضّي مدة الخيار (٢) استحق الشفيع حينئذٍ الأخذ بالشفعة (٣).

وبما ذا يصير مالكًا لها؟ على ما مَضَى مِن الأقاويل الثلاثة (٤).

وإن انفسخ (٥) البيعُ بينهما: إمّا بفسخ البائع وحده، أو بفسخ المشتري وحده، فلا شفعة له.

وهل بطلت بعد أنْ وجبت، أو لم تكن وجبت؟ على ما ذكرنا من الأقاويل الثلاثة (٦).

وإنْ كان الخيار مشروطًا للمشتري دون البائع: فقد روى المزني (٧) هاهنا أنّ للشفيع / أَخْذَهُ بالشفعة. ورواه الربيع (٨) أيضًا. (٩٩/ب ـ ب)

قال الربيع: وفيه قول آخر: إنّه لا حَقّ للشفيع في أخذه، إلاّ بعد (٩) تَقَضّي مدة الخيار (١٠).

وجملته: أَنَّهُ يترتّب على اختلاف أقاويله في انتقال الملك:

فان قيل: إنّهُ لا ينتقل (١١) إلاّ بالعقد وتَقَضّي مُدّةِ الخيار، أو (١٢) إنّهُ موقوف مُراعًى (١٣): فلا شفعة فيه، إلاّ بِتَقَضّي مدةِ الخيار؛ لأن الشفيع

يملك

---

(١) ر: ص ٥٩٤/ ٢٢ ـ مسألة.
(٢) جاء بعده في ب: (لما ذكرنا في خيار المجلس و).
(٣) انظر: المهذب ١٤/ ٣٠٩، والفتح ١١/ ٤٠٨، والروضة ٥/ ٧٤، ومغني المحتاج ٢/ ٢٩٩.
(٤، ٦) ر: ص ٥٩٥/ ٢٢ ـ مسألة.
(٥) ب: الفسخ.
(٧) ر: ص ٥٩٤/ ٢٢ ـ مسألة.
(٨) انظر: الأم ٤/ ٤، والفتح ١١/ ٤٠٩.
(٩) جاء بعدها في ب: (ان).
(١٠) انظر: الأم ٤/ ٤.
(١١) ب: لا يبطل.
(١٢) (أ): من ب، وفي أ: (و).
(١٣) أ: (مراعا)، ب: (مراعى).

يملك عن المشـتري ، فامتنع أن يملك ما لم يملكه المشـتري (١) •

و إنّ قيل : إنّ الملك قد انتقل بنفس العقد ، ففيه قولان :

أحدهما ـ وهو رواية المزني ـ : أن فيه الشفعةَ • لأنّ عَلَقَ البائع عنه منقطعة / ، وخيار المشتري فيه كخياره في الردّ بالعيب • وهو لا يمنـع الشفيع مـن الأخـذ •

والقول الثاني ـ وهو رواية الربيع ـ : أنه لا شـفعة فيه ، إلاّ بِتَقَضّي مُدَّةِ الخيار (٢) • لأنّ (٣) المشـتري لم يرض بدخوله في عهدة العقد ، فخالف خيارَ العيب الموضوع لاسـتدراك الغَبْنِ (*) الذى قد يحصل له من جهة الشفيع (٤) •

ثـم يتفـرّع على هذا ثلاثـة فـروع :

فالفرع الأول : أن يتفق البائع والمشـتري على اشـتراط الخيار لهما في العقد ، ويكذبهما (٥) الشفيع ، ويدعـي أَنَّ العقد وقع ناجزًا مِن غير خيار شـرط ، فيكون القولُ قَوْلَ البائع والمشـتري • واليمـين (٦) واجبة على المشـتري منهما دون البائع ، لأنّ انتزاع الملك مِن يده فيحلف له ، لأن الأصل بقاؤه على ملكـه ويده ، ولا شـفعة للشفيع بعد يمـين المشـتري ، إلاّ بِتَقَضّي مُدَّةِ الخيار •

و هكذا

---

(١) وهو أصح الوجهين على ما ذكره الرافعي والنووى • والوجه الثاني : يأخذه الشفيع ، فتبـين أنّ المشـتري ملكه قبل أخذه وانقطع الخيار •
انظر : الفتح ١١ /٤١٢ ، والروضة ٥ /٧٤ •

(٢) وهو اختيار أبي اسـحق على ما ذكره الرافعي • (انظر : الفتح ١١ / ٤٠٩) •

(٣) ب : ولان •

(*) ب : العين •

(٤) والأظهر من القولين هو ما رواه المزني عن الشافعي رحمه الله •
انظر : المهذب ١٤ /٣٠٩ ، والفتح ١١ /٤٠٩ـ٤١٠ ، والروضة ٥ / ٧٤ ، والمنهاج ٢ / ٢٩٩) •

(٥) ب : ويكونهما •

(٦) (واليمـين) : ساقطة من ب •

و هكذا : لو كان البائع غائباً ، فادّعى المشتري اشتراط خيارِ الثلاث لهما أو للبائع وحده ، وأكذبه الشفيع كان القولُ قولَ المشتري مع يمينه ، ولا شفعة إلاّ بتقضي مدة الخيار .

والفرع الثاني : أن يدّعي البائع اشتراطَ خيارِ الثلاث ، ويُنْكِره المشتري والشفيع .

فعلى قول أبي حنيفة (١) وأبي يوسف (٢) : القول قول البائع ولا شفعة ؛ وعلى قول محمد بن الحسن (٣) : القول قول المشتري ، و فيه الشفعة .

وعلى مذهب الشافعي رضى الله عنه (٤) : أنهما يتحالفان كما يتحالفان في اختلاف الثمن . فاذا تحالفا ، ففي بطلان البيع وجهان :

أحدهما : قد بطل بتحالفهما / و لا شفعة فيه . (١٦٣/أ-ب)

و الوجه الثاني : أنه (٥) لا يبطل إلاّ بفسخ الحاكم .

فعلى

(١ ، ٢ ، ٣) ما نسبه المؤلف إلى أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، و هو قول أبي يوسف فقط ، و أما ما نسبه إلى محمد بن الحسن فهو الرواية المشهورة في المذهب ، وهي ظاهر الرواية .

(انظر : البدائع ٦/٢٧٤٨-٢٧٤٩ ، والفتاوى الهندية ٥/١٨٧) .

قوله (ظاهر الرواية) : وهي المسائل التي " رويت عن أصحاب المذهب . وهم أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، ومحمد رحمهم الله . - ويقال لهم العلماء الثلاثة - وقد يلحق بهم زفر والحسن وغيرهما ممن أخذ الفقه عن أبي حنيفة ، ولكن الغالب الشائع في ظاهر الرواية أن يكون قول الثلاثة أو قول بعضهم " . (الطبقات السنية للتميمي ١/٤٣ ، وراجع الى " دراسات في الفقه الإسلامي " - المذهب عند الحنفية - للدكتور محمد إبراهيم أحمد علي ، ص ٦٩ . (من نشريات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الاسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة) .

(٤) (رضى الله عنه) : من ب .
(٥) ساقطة من ب .

فعلى هذا : يكون المشتري بالخيار بين إمضاء البيع / بخيار (١٠٠/ب-أ) ثلاث للبائع وبين فسخه وخياره • و (١) هذا على الفور ، لأنه خيار حكم(٢) • فان اختار المشتري فسخه بطل البيعُ ولا شفعة فيه • وليس للشفيع أن يجبر المشترىَ على إمضاء البيع بخيار الثلاث ، لأنه إجبار على التزام عقد • وإن اختار المشتري إمضاء البيع بخيار ثلاث للبائع ثبت للبائع خيار الثلاث• فان اختار فيها فسخ (٣) البيع انفسخ ، ولا شفعة فيه• وإن اختار فيها إمضاء البيع ، فللمشتري أخذ الشقص بثمنه• ثم للشفيع أخذه مِن يده بمثل ثمنه •

و (٤) الفرع الثالث : أَنْ يدّعي المشتري اشتراط خيار الثلاث ، وينكره البائع والشفيع •

فان قيل : إنّ للشفيع أخذه بالشفعة في خيار المشتري ، فلا تحالف بين البائع والمشتري ، وللشفيع أخذه بالشفعة •

وإنّ قيل : أَنْ (٥) لا حقّ للشفيع فيه إلّا بِتَقَضِّي (٦) خيارِ(٧) المشتري تحالف(٨) البائع والمشتري على الخيار • فاذا تحالفا ، فقد بطل البيع في أحد الوجهين ، ولا شفعة فيه• وفي (٩) الوجه الثاني لا يبطل إلّا بفسخ الحاكم •

فعلى هذا : يكون للبائع (١٠) الخيارُ على الفور في إمضاء البيع بخيار ثلاث للمشتري أو فسخه• فان فَسَخَهُ فقد بطل البيع ، و لا شفعة فيه • وإنّ أَمْضَاهُ ثَبَتَ خيارُ الثلاث للمشتري • فان فسخ البيع / (١٦٤/أ-أ) فيها فلا شفعة فيه ، و إنّ أَمْضَاهُ أخذه(١١) الشفيع منه •

فصل

---

(١) ساقطة من ب •
(٢) ساقطة من ب •
(٣) ب : بفسخ •
(٤) ساقطة من ب •
(٥) ساقطة من ب •
(٦) ب : بنقص •
(٧) جاء بعدها في أ : (و) •
(٨) ب : بخلاف •
(٩) ساقطة من ب •
(١٠) ب : للحاكم •
(١١) ب : أخذ •

ب/٢٢ (فصــــل)

وأما القسم الثالث ــ وهو خيار الرؤيــة : أن يعقدا بيع العين الغائبة ــ : فــفـي البيع قولان :

أحدهما : باطل ، و لا شــفعة فيه (١) .

والقول الثاني : جائــز (٢) .

ثـم للشفيع في رؤيــة الشقص المبيع حالتان :

إحداهما (٣) : أن يكون قد رآه ، فلا يجوز أن يأخذه إلّا بعد رؤيــة المشتري له ، لأنّ العقد قبل رؤيته غير لازم له ، ســواء قيل : إنّ خيارَهُ جارٍ مَجْـرَى خيار البذل والقبول أو جارٍ (٤) مَجْرَى خيار المجلس ، لأنّ كُلَّ واحدٍ مــن الخياريّــن لا يملك الشفيعُ فيه الشفعةَ إلّا بعد تقضيــه على الصحــة .

والحالة الثانية (٥) : أن يكون الشفيعُ لم يَرَ الشقصَ المبيعَ . فهل يجــوز له أخذه قبل الرؤيــة أم لا ؟ على قَوْلَــيْن مبنيَــيْن على اختلاف قــولــيه فــي جواز البيع على خيار الرؤيــة .

أحدهما

---

(١) وهو قوله الجديد . (اختاره المؤلف في كتابه " الإقناع " (ص ٩١)) .

(٢) وهو قوله القديم . (الأم ٤ / ٢٤ ، آخر (باب) كراء الأرض البيضاء) .

والأصح من القولين هو قوله الجديد أى عدم جواز بيع الغائب ، و عليه فتوى الجمهور من الأصحاب على ما ذكره النووى .

انظر تفصيل الكلام عليه في (المهذب وشرحه المجموع للنووى ٩/ ٢٨٨ وما بعدها ، والروضة ٣/ ٣٦٨ وما بعدها ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢ / ١٨ وما بعدها ، كتاب البيع) .

(٣) ب : أحدهما .

(٤) ب : جارى .

(٥) ب : الثالثة .

أحدهما : لا يجوز له أخذه قبل الرؤية على / قوله في المنح (١٠٠/ب ــ ب) من بيع خيار الرؤية • لأنه يحلّ في أخذه بالشفعة محلّ المشتري ، وسواء رضي المشتري بأخذه قبل الرؤية أو لم يرض ، كما يبطل شراء(١) المشتري على هذا القول ، سواء رضي به البائع أو لم يرض •

والقول الثاني : أنّ أخذ الشفيع قبل الرؤية جائز على قوله : إنّ البيع بخيار الرؤية جائز (٢) •

فعلى هذا : يكون المشتري بالخيار بين تسليم الشقص إليه قبل رؤيته (٣ له ــ بعد أن يصفه له كما يصفه ٣) البائع / للمشتري ــ (١٦٤/أ ــ ب) وبين أن يمنعه منه(٤) حتى يراه ، فيسقط خياره بالرؤية • لأن المشتري لا يلزمه تسليم شقص يثبت(٥) للشفيع فيه خيار الرؤية(٦) •

ج ٢٢/٢ (فصل)

وأما القسم الرابع ــ وهو خيار العيب (٧) ــ فهو على ضربين : أحدهما : أن يكون في الشقص • والثاني : أن يكون في الثمن •

فان كان العيب في الشقص ، فالخيار فيه للمشتري ، وللشفيع أن يأخذه(*) منه بعيبه ويمنعه من ردّه • لأن ردّ المشتري له بالعيب ، إنما هو لاستدراك الغَبْنِ ، وهو يستدركه من الشفيع بالوصول إلى جميع الثمن (٨) •

فعلى هذا : لو حضر الشفيع ، وقد ردّه المشتري بالعيب كان للشفيع إبطال ردّه واسترجاع الشقص من بائعه • لأنّ الردّ (٩) بالعيب قطع للعقد ، وليس برافع للأصل ؛ فلم يكن للمشتري إبطال حق الشفيع بالرد(١٠) ، كما

---

(١) ب : شرى •
(٢) انظر : الروضة ٣٦٨/٣ ، كتاب البيع •
(٣) ب : (وله نصفه كما نصفه) •
(٤) (منه) : من ب ، ساقطة من أ •
(٥) ب : ثبت •
(٦) انظر : الفتح ٤٤٦/١١ ، والروضة ٨٥/٥ ــ ٨٦ •
(٧) يرجع في تفصيل خيار العيب إلى (الروضة ٤٥٨/٣ وما بعدها ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٥٠/٢ وما بعدها) •
(*) ب : يأخذ • (٨) انظر : الروضة ٧٥/٥ •
(٩) ب : بالرد • (١٠) ساقطة من ب •

كما لو باعه، و (١) أراد الشفيع إبطال بيعه كان له ليتوصل به إلى (٢) شفعته (٣) ·

فلو كان المشتري (٤) ـ عند ظهوره على عيب الشقص ـ صالح البائع على أرشه، وحضر الشفيع مطالبًا بالشفعة، فله أخذه بالباقي من الثمن بعد إسقاط الأرش: إن قيل بجواز (٥) أخذ الأرش صلحًا مع بقاء العين في أحد الوجهين؛ وإنْ قيل: إنَّهُ لا يجوز في الوجه الثاني، أخذه الشفيع بجميع الثمن (٦) ·

فأما إنْ كان العيب في الثمن، فسيأتي في تفريع المزني (٧) ·/(١٦٥/أ ـ أ)

د / ٢٢ (فصل)

فأما ثبوت الخيار في الشقص الذي يملك به الشفعة: فان كان خيار عيب لم يمنع من أن يملك به الشفعة لبقائه على ملك مشتريه ما لم يردّه· وإن كان خيار رؤية لم يملك به المشتري الشفعة، سواء قيل بصحة البيع أو بفساده· لأنه إمّا أن يكون غيرَ مالكٍ إنْ (٨) بَطَلَ / البيعُ، أو غيرَ مستقرِّ (١٠٠/ب ـ أ) الملك إنْ صَحّ ·

فأما

---

(١) جاء بعدها في ب : (لو)·

(٢) جاء بعدها في ب : (حق)·

(٣) قال عنه النووي : فيه قولان، وقيل: وجهان· أظهرهما عند الجمهور، وقطع به بعضهم: أن الشفيع أولى بالإجابة (كما قاله المؤلف)، لأن حقه سابق، فانه ثبت بالبيع· والثاني: المشتري أولى، لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد، وسلم عن الرد· (انظر: الروضة ٥/٧٦، والمنهاج ٢/٢٩٩) ·

(٤) أ : (للمشترى)، ب : (المشترى) ·

(٥) ب : يجوز ·

(٦) والأصح من الوجهين هو إسقاط الأرش على ما ذكره النووي في " الروضة " (٥/٩١) ·

(٧) ر : ص ٦٣٨ / ٣٣ ـ مسألة ·

(٨) ساقطة من ب ·

فأما البائع ، فانه يملك به الشفعة ، إنْ قيل ببطلان البيع . وفي ملكه الشفعةَ به مع صحة البيع وجهان مبنيان على اختلافهم في لزوم البيع في خيار الرؤية قبل وجود الرؤية .

وأما (١) خيار المجلس ، فلايملك بـه (٢) البائع فيه شفعة بالشقص الذى هو في مجلس بيعه وخياره ، سواء قيل : إنَّ ملكه قد انتقل بالعقد ؛ أو قيل (٣) : إنه لا ينتقل ، إلا بتقضّي الخيار . لأنه إنْ قيل بزوال ملكه ، فلا شفعة له بما زال ملكه عنه؛ وإنْ قيل ببقاء ملكه ، فبيعه رِضىً منه باسقاط شفعته .

وأما المشتري : فان فَسَخ العقد ، فلا شفعة له بما لم يستقرّ ملكه عليه . و إنْ تَمّ له البيع ؛ وإنْ قيل : إنّه لا ينتقل إليه الملك إلا بتقضّي الخيار، فلا شفعة له ، لأنه كان غيرَمالك ؛ و إنّ قيل بانتقال الملك إليه (٤) بالعقد ، أو قيل بوقوفه ومراعاته ، ففي استحقاق الشفعة به وجهان :

أحدهما : له الشفعة به لدخوله في ملكه .

والوجه الثاني : لا شفعة له به ، لأن ملكه غير مستقرّ ، لا يجوز أن يعاوض عليه ، فلم يجز / أن يملك بـه . (١٦٥/أ-ب) .

وأما خيار الثلاث : فان كان لهما ، فحكمه (٥) كحكم (٦) خيار المجلس . و كذلك (٧) : إنّ كان الخيار للمشتري وحده . وإنّ كان الخيار للبائع وحده ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا شفعة لواحد منهما : أما البائع فَلِمَا في بيعه من الرِّضَى باسقاط حقه . وأما المشتري ، فلعدم ملكه ، أو لعدم استقراره .

والوجه الثاني : أنها للبائع ، لأن في اشتراط الخيار لنفسه تَمَسُّكاً بما تعلق به من حقوقه .

والوجه الثالث : أنه موقوف مراعًى (٨) : فان تم البيع بينهما فالشفعة للمشتري، وإنْ انفسخ فالشفعة للبائع اعتبارًا بما يفضي إليه أحوالهما. والله أعلم بالصواب (٩) .

مسألة

---

(١) ب : فأما .   (٢) (به) : من ب ،ساقطة من أ .

(٣) ب : وقيل .   (٤) ب : له . (٥) (فحكمه) : صححت في أ .

(٦) ب : حكم .   (٧) أ : (وكذا) ، ب : (وكذلك) .

(٨) أ : (مراعا) ،ب : (مراعى) . (٩) قوله (والله أعلم بالصواب) : من أ .

٢٣ـ مسـألـة

قال الشافعي رضي الله عنه (١) : ولو كان مع الشفعة (٢) عَرْضٌ (٣) بثمن (٤) واحد ، فانه يأخذ الشفعة بحصتها من الثمن (٥) .

وهذا كما قال : إذا بيع مع الشقص عَرْضٌ بثمن واحد وجبت الشفعة في الشقص دون ما ضُمّ إليه من العرض ، وسواء كان العرض المضموم إليه مِمّا ينتفع به في الشقص المشترك أم لا (٦) .

وقال مالك / : (٧) إن كان (٧) العرض المضموم إليه مما يستعمل في (١٠١/ب ـ ب) الشقص المشترك ـ كبقرة الدولاب والحرث ، والعبد العامل في الأرض ، و (٨) كالدلو والحبل ـ أخذ بالشفعة مع الشقص تَبَعًا (٩) ، كما ضُمّ إليه في العقد تَبَعًا كالنخل والبناء (١٠) .

وهذا

---

(١) (رضى الله عنه) : من ب .

(٢) ب : الشقص .

(٣) قوله (عرض) ـ بالسكون ـ : المتاع (خلاف النقد) . قيل : الدراهم والدنانير عين ، وما سواهما عرض . والجمع : (عُرُوضٌ) .
انظر : المغرب ، ص ٣١٠ ، واللسان ٧/١٦٨ ، والمصباح ٢/٤٠٤ ؛ مادة " عرض " .

(٤) المختصر : والثمن .

(٥) انظر : المختصر ٨/١٢٠ .

(٦) انظر : الفتح ١١/٤٥٢ ، والروضة ٥/٨٨ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٣٠٣ .
وإلى قول الشافعي ذهب الإمام أحمد . وهو الصحيح من المذهب على ما ذكره المرداوي . (انظر : المغني ٥/٢٦٠/٤٠٠٠ ، والإنصاف ٦/٢٨٢ ، والروض المربع ٢/٢٢٧ ، وكشاف القناع ٤/١٥٠) .

(٧) ساقطة من ب . (٨) ساقطة من ب .

(٩) انظر : المنتقى شرح موطأ إمام مالك لأبي الوليد سليمان الباجي ٦/٢١٤ ، والخرشي ٦/١٧٠ ، والشرح الصغير ٤/١١٣ ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٤٨٢ ، وجواهر الإكليل ٢/١٦٠ ، وأوجز المسالك ١٢/٦٩ .

(١٠) راجع في وجوب الشفعة في النخل والبناء تَبَعًا : ص٤١٥/ب/١ (فصل) ، وص ٤٤٢/د/١ (فصل) ، وص ٥٦٥/١٧ ـ مسألة .

وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة فيما لم يقسم " . فاقتضى / نفى الشفعة عما قسم . (١ ولأن ما لا (٢) تجب (١٦٦/أ-أ) فيه الشفعة بانفراده لا تجب (٣) فيه الشفعة بانضمامه (٤) مع (٥) غيره عند انفصاله، قياساً على غير العوامل من البقر (٦) والعبيد ١) . ولأن ما لا تجب فيه الشفعة مع فقد العمل لم تجب فيه الشفعة مع وجود الحمل، قياساً على المفرد بالعقد .

فأما الجواب عن قياسه على النخل والبناء، فالمعنى فيه : أنه لَمّا دخل النخل والبناء تَبَعًا في البيع وجبت فيه الشفعة تَبَعًا، ولَمّا لم تدخل البقرة والعبد في البيع تَبَعًا لم يجب فيه الشفعة تَبَعًا .

أ / ٢٣ (فصل)

فاذا ثبت وجوب الشفعة في الشقص وحده دون العبد المضموم إليه، فللشفيع أخذ (٧) الشقص وحده (٨) بحصته من الثمن . لأنّ الصفقة إذا جمعت شئين (٩) يُقَسَّط الثمن عليهما، كما لو استحق أحدهما أو رُدّ بعيب . واعتبار أخذه بالحصة أن يقوّم الشقص يوم العقد (١٠) . فان كانت قيمته أَلْفًا، قُوّم العبد : وإنْ (١١) كانت قيمته خمسمائة ؛ عُلِمَ أَنّ (١٢) الشقص في مقابلة ثلثى القيمة، فيأخذه الشفيع بثلثى الثمن زائدا

---

(١) ما بين القوسين تكرر في ب .
(٢) ساقطة من ب .
(٣) ب : لم تجب .
(٤) ساقطة من ب .
(٥) ب : من .
(٦) ب : البقرة .
(٧) ب : أخذه .
(٨) ساقطة من ب .
(٩) ساقطة من ب .
(١٠) انظر: الفتح ٤٥٢/١١، والروضة ٨٨/٥ .
(١١) ب : فان .
(١٢) ساقطة من ب .

زائدًا كان الثمن أو ناقصًا . ثم لا خيار للمشتري في ردّ العبد بتفريق الصفقة عليه، لأنه لَمّا ضُمّ ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة كان هو العالم بتفريقها والرِّضَى (١) بها (٢) . ومن دخل على علمٍ بعيبٍ لم يملك الرد به (٣) .

ب/٢٣ (فصل)

وأما إذا / اشترى الرجل شقصَيْن من دارَيْن في صفقة واحدة بثمن واحد، لم يَخْلُ مستحق الشفعة فيهما مِن أن يكون واحدًا أو اثنين. فان كان مستحقها اثنين : لكُلّ شقصٍ منهما شفيع، وكان كُلّ واحدٍ منهما مخيرًا (٤) في أخذ ما في (٥) شفعته بحصته من الثمن أو تركه . فان أَخَذَا، أو تَرَكَا، أو أخذ أحدهما وترك الآخر؛ فكله جائز .

وإنْ كان مستحق (٦) الشفعة فيهما واحدا (٧)، ففيه وجهان :

أحدهما — وهو الأظهر من المذهب — : أن يأخذهما معًا، أو يتركهما . وليس له تفريق الصفقة بأخذ أحدهما لاستحقاق الشفعة فيهما، كما ليس له تفريقها بأخذ البعض (٨) .

والوجه الثاني : أنَّه يجوز له (٩) أن يأخذ أيّ الشقصين شاء لتميزه، وإنّ الشفعة موضوعة لإزالة ضرره (١٠ وربما كان ضرره ١٠) بأحدهما أكثر ويلحقه بأخذ الآخر ضرر .

مسألة

---

(١) أ : (الرضا) . (٢) أ : (به)، ب : (بها) .

(٣) انظر : الفتح ١١/٤٥٢، والروضة ٥/٨٨، والمنهاج ٢/٣٠٢ .

(٤) ب : مجبرا . (٥) أ : (باقي)، ب : (ما في) .

(٦) أ : (يستحق)، ب : (مستحق) .

(٧) أ : (واحد)، ب : (واحدا) .

(٨) ب : العوض .

أظهر هذا الوجه أيضًا الشيرازي لِما فيه من الإضرار بالمشتري في تفريق الصفقة عليه . (انظر : المهذب ١٤/٢٥ ٣) .

(٩) (له) : من ب، ساقطة من أ .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب .

٢٤ ـ مسألة

قال الشافعي رضي الله عنه(١) : وعُهْدَةُ المشتري على البائع، وعهدة الشفيع على المشتري (٢) .

أما العهدة فمشتقة (٣) من العهد لِمَا عليه مِن الوفاء بموجبه(٤) . قال الله تعالى : ((وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ)) (٥) . فلأجل ذلك سُمِّيَ ضمانُ الدرك(٦) عهدةً(٧) ، ثم سُمِّيَ (٨) كتابُ الشراء (٩) عهدةً(١٠) ، لأنه (١١) يتضمّن (١٢) ذلك .

واختلف

---

(١) (رضي الله عنه) : من ب .

(٢) انظر: المختصر ٨/١٢٠ ، و ر : اختلاف العراقيين بهامش الأم ٤/ ٧ .

(٣) ب : فمشتق .

(٤) انظر: الصحاح ٢/٥١٥، واللسان ٣/٣١١ـ٣١٢ ؛ مادة " عهد " ؛ و ر : ج١، ص ٤٠١، رقم الهامش ٤ .

(٥) الآية ٩١ من سورة النحل، وهي كاملة : ((وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ)) .

(٦) قد سبق تعريف الدَّرَك .(ص ٥/٤٩١ ـ مسألة ، رقم الهامش ١١) . و ضمان الدرك، كما جاء تعريفه في " كتاب التعريفات" للجرجاني (ص ١٣٨) : " هو ردّ الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقول: تكلفتُ بما يدركك في هذا المبيع " .

(٧) ب : والعهدة .

(٨) ب : يسمى .

(٩) قوله (كتاب الشراء) : الفاتورة . (تكملة المجموع الثانية للمطيعي ، ١٤/ ٣٥٣) .

(١٠) انظر: الصحاح ٢/٥١٥، مادة " عهد " .

(١١) جاء بعدها في ب: (قد) .

(١٢) أ (يضمن)، ب : (يتضمن) .

واختلف الفقهاء في عهدة الشفيع : هل تجب على البائع ، أو على المشتري ؟

فذهب الشافعي رضى الله عنه (١) إلى أنّ عهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع (٢) .

وقال ابن أبي لَيْلَى (٣) : عهدة / الشفيع على البائع (٤) . (١٦٧/أ ـ أ)

وقال أبوحنيفة : إنْ كان الشفيع قد قبضه مِن المشتري ، فعهدتُه على المشترِي ؛ وإنْ كان قد قبضه مِن البائع ، فُسِخَ عقدُ المشترِي ، وكانت عهدته على البائع (٥) .

فأما ابن أبي ليلى : فاستدلّ بأن البائع أصل ، والمشتري فرع ؛ فكان الرجوعُ على (٦) البائع أَوْلى مِن المشتري . لأنه لا (٧) اعتبار بالفرع مع وجود الأصل .

قال ـــــــــــــــ

(١) (رضى الله عنه) : من ب .

(٢) وإليه ذهب المالكية والحنابلة .

انظر : اختلاف العراقيين بهامش الأم ٤/٧ ، والمختصر ٨/ ١٢٠ ، والمهذب ١٤/ ٣٣٨ ، ورحمة الأمة ، ص ٢٢٥ ، والمدونة ٥/ ٤٠٥ ، وكتاب الكافي ٢/ ١٨٨ ، وبداية المجتهد ٢/ ١٩٨ ، وأسهل المدارك ٢/ ٤٢ ، والإفصاح ٢/ ٣٧ ، والمغني ٥/ ٢٧٧/ ٤٠٢٧ ، والإنصاف ٦/ ٣١١ ، والروض المربع ٢/ ٢٢٩ و كشاف القناع ٤/ ١٥٥ .

قوله (عهدة الشفيع على المشتري ...) : قال ابن قدامة : " يعني : أنّ الشفيع إذا أخذ الشقص ، فظهر مستحق ؛ فرجوعه بالثمن على المشترى ، و يرجع المشتري على البائع ؛ وإنْ وجده معيبًا ، فله ردّه على المشترِي ، أو أخذ أرشَهُ منه ، والمشتري يردّ على البائع ، أو يأخذ الأرشَ منه ، سواء قبضَ الشقصَ مِن المشترِي أو من البائع " . (المغني ٥/ ٢٧٧/ ٤٠٢٧) .

(٣) انظر : المبسوط ١٤/ ١٠١ ، و بداية المجتهد ٢/ ١٩٨ ، واختلاف العراقيين بهامش الأم ٤/ ٧ ، ورحمة الأمة ، ص ٢٢٥ ، والمغني المذكور .

(٤) سواء كان الشفيع أخذ الشقص من المشتري أو من البائع . (المبسوط المذكور) .

(٥) انظر : المبسوط نفسه ، والبدائع ٦/ ٢٧٢٦ ، ٢٧٤٠ ـ ٢٧٤١ ، والاختيار ٢/ ٤٦ ، ومجمع الأنهر ٢/ ٤٧٦ ، والفتاوى الهندية ٥/ ١٧٦ في الباب الخامس .

(٦) ب : الى . (٧) ساقطة من ب .

قال : ولأن المشتري يحلّ محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء إلى الشفيع . ثم ثبت في شراء الوكيل أنّ العهدة على البائع دون الوكيل . كذلك في استحقاق الشفيع (١) .

وأما أبو حنيفة : فاستدل على أن للشفيع أن يفسخ عقد المشتري بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه ، استحق فسخ عقده فيه ، لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك (٢) .

ودليلنا : هو أنّ الشفيع يملك الشقص عن المشتري ، بدليل أنه لو تركه لكان مُقرًا على ملك المشتري ، ولو حدث منه نماء لكان للمشتري ؛ فوجب أن تكون العهدة عليه ، كما (٣) كانت على البائع للمشتري .

وتحريره قياسًا : أنّ انتقال الملك بالعوض عمّن (٤) يظاهر بملك المعوض / يوجب (٥) أخذه بالعهدة كالبائع . ولأن الرجوع بالثمن (١٠٢/ب ـ ب) قد يستحق في الرد بالعيب ، كما يستحق في الاستحقاق بالشفعة (٦) .
فلما كان الرجوع به في الرد بالعيب مستحقا على المشتري دون البائع ، (٧ وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة مستحقا / (١٦٧/أ ـ ب) على المشتري ٧) (٨) .

وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

أحدهما

---

(١) قال السرخسي في وجهة ابن أبي ليلى بعد أن نقل قوله : " لأن الشفيع لما تقدم على المشتري قام مقامه ، ثم عهدة المشتري على البائع ، فكذلك عهدة الشفيع " . (المبسوط ١٤/١٠١) .

وقال ابن قدامة في وجهته : " لأن الحق ثبت له بايجاب البائع ، فكان رجوعه عليه ، كالمشتري " . (المغني ٥/٢٧٧/٤٠٢٧) .

(٢) المصادر نفسها السابقة في ص ٦٠٦ ، رقم الهامش (٥) .

(٣) جاء بعدها في ب (لو) .

(٤) (عمن) : صححت في أ فوق السطر .

(٥) ب : فوجب .

(٦) ب : في الشفعة .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٨) انظر : المهذب ١٤/٣٣٨ .

أحدهما : أنه (١) أحد نوعي ما يوجب الرجوع بالثمن ، فوجب أن يستحقه الشفيع على المشتري دون البائع ، قياسًا على الرد بالعيب (٢) .

والثاني : أنّ مَن استحق عليه الثمن (٣ في الرد بالعيب، لم يستحق عليه الثمن ٣) في الاستحقاق بالغصب (٤) ، قياسًا على المشتري (٥) لو كان بائعًا .

فأما الجواب عن استدلال ابن (*) أبي ليلى – بأن البائع أصل والمشتري فرع – : فمنتقض بالمشتري : لو باع على الشفيع. ثم نقول : إنّ (٦) المشتري – و إنْ كان فرعًا للبائع – فهو أصل للشفيع .

وأما الجواب عن استدلاله بالوكيل : فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين :

أحدهما : أنّ الشفيع لَمّا كان مخيرًا بين أخذه من المشتري ، و بين تركه عليه صار مالكًا عنه ، لا عن البائع . ولَمّا لم يكن للموكل خيار في أخذه من الوكيل و تركه عليه صار مالكًا عن البائع دون الوكيل .

والثاني : أنه لَمّا استحق الشفيع الرّد بالعيب على المشتري دون البائع صار (٧) مالكًا عنه ، لا عن البائع . ولَمّا استحق الموكل الرّد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكًا عنه ، لا عن الوكيل .

و أما الجواب عن استدلال أبي حنيفة – بأنه لَمّا ملك إزالة ملكه ، ملك رفع عقده – : فمن وجهين :

أحدهما : أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ، ولا يملك رفع عقده؛ فكذلك قبل القبض .

والثاني : أنه بالعقد ملك الشفعة ، وفي رفعه إبطال الشفعة . / (١٦٨/أ – أ)

فصل

---

(١) ساقطة من ب .

(٢) قوله (قياسا على الرد بالعيب) : أي وإنْ وجد الشفيع بالشقص عيبًا ، فله أن يرده ، لأنه ملكه بالثمن ، فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع . (انظر : المهذب ١٤ /٣٣٨) .

(٣) ساقط من ب . (٤) ب : بالعيب . (٥) جاء بعده في ب (و) .

(*) ب : (بن) . (٦) ساقطة من ب . (٧) ب : فصار .

٢٤/أ (فصل)

فأما قبض الشفيع الشقصَ مِن البائع قبل قبض المشتري له ،أو (١) مَنْ ينوب عنه ،ففيه وجهان – (٢) حكاهما ابن سريج (٢) – (٣) :

أحدهما : ليس له ذلك ، لأنه يحلّ محل المشتري في الأخذ بالثمن ، ولا يجوز شراء ما لم يقبض . فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض .

فعلى هذا : يأخذ الحاكم المشتري بالقبض . فاذا صار بيده انتزعه الشفيعُ منه . فان كان المشتري غائبًا ،وَكَّلَ الحاكمُ عنه مَن يقبض له ، ثم حكم للشفيع بأخذه منه .

والوجه الثاني – وهو اختيار ابن سريج – : أن للشفيع /(١٠٣/ب–أ) أخذه مِن يد البائع قبل قبض المشترى . لأن الشفيع يأخذه (٤) جبرًا بحق ، و إنّ كره المشتري ، فجاز (٥) ، و إنّ كان قبل قبضه ، كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض . و يبرأ البائع من ضمانها بقبض الشفيع، لأنه يأخذها بحقٍ تَوَجَّهَ على المشتري .

و بالوجه الأول قال أبو إسحق المروزى رحمه الله (٦) . والله أعلم بالصواب (٧) .

فروع

(١) ب : (و) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٣) ذكر الشيرازى الوجهين بلا ترجيح . (انظر: المهذب ١٤ /٣٣٨) .

(٤) ب : يأخذ .

(٥) ب : فجاوز .

(٦) (رحمه الله) : من ب .

(٧) (والله أعلم بالصواب) : من أ .

فروع المزني رحمة الله عليه (١)

قال المزني رحمه الله (٢) : هذه (٣) مسائل أجبتُ فيها على معنى قول الشافعي رضى الله عنه (٤) (٥) .

مسألة

---

(١) (رحمة الله عليه) : من أ .

(٢) (رحمه الله) : من ب .

(٣) في المختصر : و هذه .

(٤) في المختصر : رحمه الله .

(٥) انظر : المختصر ٨/١٢٠ .

٢٥ ـ مسألة

قال المزني : وإذا تبرّأ البائع من عيوب الشفعة ، ثم أخذها الشفيع ، كان له الردّ على المشتري (١)(٢) •

و هذا صحيح •

و قوله : " إذا تبرّأ من عيوب الشفعة " ـ : يعني من عيوب الشقص / الذى فيه الشفعة • فعبّر عنه بما يؤول (٣) إليه (١٦٨/أ ـ ب) و يستحق فيه • وأراد بالبراءة ما يصح على ما ذكرناه (٤) في البيوع(٥) •

وجملته : أنه لا يخلو حال المشتري والشفيع في العيب الموجود في الشقص من أربعة أحوال :

أحدها : أن يكونا عالمين به (٦) : فيعلم المشتري به عند العقد ، أو قبله بالوقوف عليه ، أو بالبراءة (٧) إليه ؛ و يعلم الشفيع به عند الأخذ • فليس (٨) لواحد منهما (٩ ردّ و لا أرش ٩) ، وهو لازم لكلّ واحدٍ منهما بعلة •

والحال

---

(١) انظر : المختصر ١٢٠/٨ •

(٢) انظر : الفتح ١١/٤٩٩ـ٥٠٠ ، والروضة ١١٢/٥ •

(٣) ب : تورك •

(٤) ب : ذكرنا •

(٥) قال النووي : " إذا باع بشرط أنه بريء من كل عيب بالمبيع ، فهل يصح هذا الشرط؟ فيه أربع طرق : أصحهما : أن المسألة على ثلاثة أقوال : أظهرها : يبرأ في الحيوان عما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال • والثاني : يبرأ من كل عيب ، ولا ردّ بحال • والثالث : لا يبرأ من عيبٍ ما ... " (الروضة ٣/٤٧٠ـ ٤٧١) •

(٦) ساقطة من ب • (٧) ب : البراءة •

(٨) ب : و ليس • (٩) ب : ردّ الأرش •

(٥) قوله (على ما ذكرناه في البيوع) : انظر : كتاب البيوع من الحاوى للمؤلف بتحقيق محمد مفضل مصلح الدين ـ رسالة دكتوراه ـ ٩٣١/٢ وما بعدها • رقم اللوحة (١٢٨/أ) نسخة مكتبة أحمد الثالث بتركيا ، رقم عام (٧٦٩) ، رقم خاص (٩٩) فقه •

و (١) الحال الثانية : أنّ يكونا جاهلَيْن به (٢) : فالشفيع فيه بالخيار بين إمساكه وردّه • فان أمسكه فلا يقال للمشتري على البائع ، وإن ردّه على المشتري دون البائع فاذا صار إلى المشتري ، فهو فيه بالخيار بين إمساكه و ردّه •

و (٣) الحال الثالثة : أنّ يعلم به الشفيع ولا يعلم به المشتري : فلا ردّ للشفيع مع علمه به • وهو لازم له بأخذه ، ولا شيء للمشتري على البائع (٤) •

فان عاد الشقص إلى المشتري بميراث أو هبة ، فهل يستحق ردّه على البائع بعيبه أم لا ؟ على وجهين ، ذكرناهما في البيوع (*) •

و (٥) الحال الرابعة : أنْ يعلم به المشتري دون الشفيع • وهي مسألة الكتاب : فالشفيع — لعدم علمه — (٦) بالخيار فيه بين إمساكه وردّه • فان ردّه ، فهو لازم للمشتري لعلمه (٧) بعيبه ، و لا ردّ له (٨) •

فلو ادّعى المشتري علم الشفيع بعيبه عند أخذه ، وأنكر الشفيع ، فالقولُ قولُ الشفيع مع يمينه و له الردّ • فان شهد (٩) / (١٠٣/ب — ب) البائع على الشفيع بعلمه بالعيب ، قبلت شهادته / ، إنْ (١٦٩/أ — أ) كان قد برئ إلى المشتري من (١٠) عيبه • لأنه لا يدفع بها عن نفسه ، و لم تقبل إنْ لم يبرأ إليه من عيبه ، لأنه يدفع بها عن نفسه •

فصل

---

(١) ساقطة من ب • (٢) ب : (فيه) • (٣) ساقطة من ب •

(٤) انظر : الفتح ١١ / ٥٠٠ ، والروضة ٥ / ١١٢ — ١١٣ •

(*) أحدهما : لا رد له • وهو قول أبي اسحاق ، لاستدراك الظلامة بحصول العوض السليم • والثاني : له الرد • وهو قول أبي علي ، لامكان الرد برجوعها الى يده • (كتاب البيوع — باب الخراج بالضمان من الحاوي للمؤلف بتحقيق محمد مفضل مصلح الدين ٢ / ٨٧٦ ، رقم اللوحة ١١٩ / أ (رسالة دكتوراه) •

(٥) ساقطة من ب •

(٦) ب : ملكه •

(٧) أ : (بعلمه) ، ب : (لعلمه) •

(٨) انظر : الفتح ١١ / ٤٩٩ — ٥٠٠ •

(٩) جاء بعدها في ب : (به) •

(١٠) ب : مع •

أ/٢٥ (فصـــل)

و إذا (١) ظهر المشــتري على عيب في الشقص قبل أخذ الشفيع (٢) ، فأمســك عن ردّه انتظارا للشفيع ، نـظــر :

فان كان الشفيع غائبا لم يلزمــه انتظاره، و (٣) بطل بالإمســاك خياره.

وإنْ كان حاضرا لزمــه انتظاره، ولم يبطل بالإمســاك خياره، لأن حضور الشفيع مع تعلق حقــه بالشقص عــذر في الإمســاك ، و لا يكون عــذرًا إنْ كان غـائــبــا .

مســألــة

(١) ب : فاذا .

(٢) ب : الشفعة .

(٣) ساقطة من ب .

٢٦ـ مسـألـة (١)

قال المزني : فان استحقت من الشفيع رجع بالثمن على المشتري، (٢) و رجع المشتري على البائع (٣) .

قد ذكرنا أَنّ عهدة الشفيع على المشتري (٢) دون البائع (٤) . فاذا استحق الشقص من يد الشفيع فلا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يستحق في (٥) يده بتصديقه من غير بينة تشهد به، فيلزمه (٦) تسليم الشقص بتصديقه ،وليس له أن يرجع على المشتري بدركه . لأَنّ قولَه مقبول على نفسه، و غير مقبول على غيره .

و (٧) الحال الثانية : أن يستحق من يده ببينة يكذبها ، فينتزع من يده بالبينة، وإنّ كَذّبَها ، و لا يرجع على المشتري بالدرك لتكذيبها لِمَا يتضمن تكذيبها (٨) مِن بَرَاءَةِ المشتري و ظلم (٩) المستحق (١٠) .

و (١١) الحال الثالثة : أَنْ يستحق مِن يده ببينة لا يكذبها ، فاذا انتزع مِن يده رجع بدركه على المشتري . فان غاب المشتري و حضر البائع (١٢ قضا له ١٢) الحاكم بالثمن على المشتري، و صار دَيْنًا عليه ،ثم حكم به على البائع للمشتري، و صار دَيْنًا له، / ثم (١٦٩ /أـ ب) قبضه من البائع للمشتري ،و دَفَعَهُ (١٣) عن المشتري إلى الشفيع .

مسـألـة

(١) ب : فصل .
(٢) ما بين القوسين من ب ، ساقط من أ .
(٣) انظر: المختصر ٨/١٢٠ .
(٤) ر : ص ٦٠٨/٢٤ـ مسألة .
(٥) ب : من .
(٦) ب : فلزمه .
(٧) ساقطة من ب .
(٨) ب : تكذيبهما .
(٩) ب : بعلم .
(١٠) جاء بعدها في ب : (والله أعلم) .
(١١) ساقطة من ب .
(١٢) ب : فصالحه .
(١٣) ب : وديعة .

٢٧ـ مسألة (١)

قال المزني : ولوكان المشتري اشتراها بدنانير بأعيانها ، ثم أخذها الشفيع بوزنها ، فاستحقت الدنانير الأولى ، فالشراء والشفعة باطل ، لأن الدنانير بعينها تقوم مقام العَرْضِ بعينه في قوله . ولو استحقت الدنانير الثانية (٢) كان على الشفيع بدلها (٣) .

قد ذكرنا أَنَّ الشفيع يأخذ الشقص بمثل الثمن (٤) . فاذا كان الثمن دنانير / أخذه بمثل تلك الدنانير في الصفة والقدر . فان بدّل (١٠٤/ب ـ أ) عن الدنانير دراهمَ لم يلزم المشتري قبولها . فان تراضيا عليها جاز ، وكان بيعًا مستجدًا تبطل معه الشفعة .

وإن امتنع أن يأخذ إلّا مثل دنانيره ، فدفع إليه الشفيع مثلها ، ثم استحقت دنانير المشتري من (٥) يد البائع ، فلا تَخْلُو من أن تكون مُعَيَّنَة بالعقد أو غير مُعَيّنة (٦) .

فان

---

(١) ب : فصل .
(٢) ساقطة من ب .

(٣) انظر : المختصر ١٢٠/٨ ؛ و ر : الفتح ٤٦١/١١ ، والروضة ٩٣/٥ .

(٤) ر : ص ٢/٤٥٠ ـ مسألة .

(٥) ب : في .
(٦) قوله (معينة) : أى بأن قال : تملكتُ الشقصَ بهذه الدراهم .
وقوله (غير معينة) : أى بأن قال : تملكته بعشرة دنانير . (انظر : الروضة السابقة .

فان كانت مُعَيَّنَـةً لتبايعهما عليها بأعيانها بطل البيعُ باسـتحقـاقـهـا ، كما يبطل (١) باسـتحقاق ما تَعَـيَّن بالعقد من عُـرُوضٍ و سِـلَع (٢) .

وقال أبو حنيفة : لا يبطل البيعُ بناءً على أصله في أنَّ الدراهم والدنانير لا يتعينـان بالعقد (٣) .

و إنّ عَـيَّـنا ـ و قد مضـى الكلام معه في كتاب البيوع ـ : أنهـمـا يتعـيَّـنـان فـي العقود (٤) .

و إذا ثبت بطلان البيع بتعينهما بالعقد بطلت الشفعة واسـترجع الشقص من يد الشفيع . لأنه يملكها عن المشـتري . فاذا بطل ملك المشـتري (٥ بطل ملك الشـفيع .

وإنّ كانت الدنانيرُ غيرَ معينـةٍ لم يبطل البيعُ باسـتحقاقهـا / (١٧٠/أ ـ أ) لمسـاواة غيرها لها ، وأخذ المشـتري ٥) بمثلها ، والشفيع على شفعتـه (٦ لصـحـة البـيـع بـه ٦) (٧) .

أ/٢٧ (فـصـــل)

و لو اسـتحقت دنانير الشفيع من يد المشـتري ، فلا يخلو أن يـكـو ن قد عـيَّنها عند أخذ الشفعة أو لم يعـيِّنها . فان لم يعينها لم تبطل شفعتـه (٨ باسـتحقاقها . فان أحضر بدلها كان على شـفعته ٨) ، وإنْ أَعْـسَـرَ ببدلها بطلت شـفعته باعسـاره .

و ان

---

(١) ب : بطل .

(٢) انظر: الفتح ١١/٤٦١ ، والروضة ٥/٩٣ .

و به قال الحنابلة . (انظر: المغني ٥/٢٥١/٣٩٨٣ ، وكشاف القناع ٤/١٥٥) .

(٣) انظر: البدائع ٧/٣٢٢٤ ،كتاب البيوع .

(٤) انظر: الروضة ٣/٣٦٣ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/١٧ ، كتاب البيع . قال المؤلف في كتاب البيوع: " وفائدة التعيين :أنه لا يجوز للمشترى أن يدفع غير الدراهم التي وقع عليها العقد . ومتى تلفت قبل القبض بطل العقد " (كتاب البيوع بتحقيق محمد مفضل ١/٤٩٣ ، رقم اللوحة (١٦/أ) ، باب الربا وا لصرف .

(٥) مابين القوسين ساقط من ب . (٦) ب: (يصح البيع الذى استحقها به) .

(٧) انظر: الفتح ١١/٤٦١ـ٤٦٢ ، والروضة ٥/٩٣ .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب .

وإن كان قد عيّنها عند شفعته بأن قال : ـ قد أخذتُ الشقص بهذه الدنانير ـ ، ففي تعيينها (١) وجهان :

أحدهما ـ وهو قول أبي إسحاق المَرْوَزيّ (٢) وأبي علي بن أبي هريرة (٢) ـ : أنّها لا تتعيّن في الشفعة، لأنه يملكها (٣) استحقاقاً .

فعلى هذا : هو على شفعته إنْ أتى ببدلها ، فان أعْسَرَ بالبدل بطلت شفعته .

والوجه الثاني ـ حكاه أبو حامد الإسفراييني (٤) ـ : أنها تتعيّن في الشفعة، لأنها ملحقة بعقد البيع لاستحقاق الثمن فيها .

فعلى هذا : قد صار بتعيينها مُبْطِلاً لشفعته بغيرها .

مسألة .

---

(١) ب : تعينها .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٣) ب : لا يملكها .

(٤) انظر: الفتح ١١/٤٦٢، والروضة ٥/٩٣ .

٢٨ـ مسـألـة

قال المزني : ولو حَطَّ البائعُ (١) للمشتري (٢) بعد التفرق، فهو (٣) هبة له وليس للشفيع أن يحطّ (٤) .

وصورتها في رجل اشترى من رجل شِقْصًا بألف درهم. ثم إنّ البائع حَطّ عن (٥) المشتري (٦ من الثمن ٦) مائة درهم .

فقد اختلف الفقهاء في وضع الحَطّ له عن الشفيع على ثلاثة مذاهب :

أحدها ـ وهو قول ابن أبي ليلى ـ : أنّ الحطيطة يختص / (١٠٤/ب ـ ب) بها المشتري، ولا توضع (٧) عن الشفيع ويأخذ الشقص بكل الألف، وسواء حَطّ قبل التفرق أو بعده . / (١٧٠/أ ـ ب)

والمذهب الثاني ـ وهو قول أبي حنيفة ـ : أن الحطيطة موضوعة عن الشفيع، كوضعها عن المشتري ؛ ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن، وهو تسعمائة، وسواء حط قبل التفرق أو بعده (٨) .

والمذهب الثالث ـ وهو ماقاله الشافعي رضى الله عنه (٩) ـ : أن الحطيطة

---

(١) جاء بعده في ب : (عن) .
(٢) أ، ب : (المشترى) ؛ المختصر : (للمشترى) .
(٣) المختصر : فهي .
(٤) انظر : المختصر ٨/١٢٠ـ١٢١ .
(٥) (عن) : من ب، ساقطة من أ .
(٦) ساقط من ب .

(٧) ب : ولا تؤخذ .
(٨) انظر : المبسوط ١٤/١٠٧، والبدائع ٦/٢٧٣٤، والهداية ٩/٣٩٣ـ٣٩٤، والاختيار ٢/٤٦، وتبيين الحقائق ٥/٢٤٨، ومجمع الأنهر ٢/٤٧٧، والفتاوى الهندية ٥/١٩٩ .
(٩) (رضى الله عنه) : من ب .

إنّ كانت قبل التفرق، فهي موضوعة عن الشفيع، ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن (١)، وهو تسعمائة. وإنّ كانت بعد التفرق اختصّ بها المشتري، وأخذه الشفيعُ بكل الألف (٢).

فأما ابن أبي ليلى: فاستدلّ بأن ما وجب بالعقد لم يلحق به [٣] ما حدث [٣] من بعد كالحادث بعد التفرق.

واستدلّ أبو حنيفة بأن ما اختصّ بالعقد كان ملحقًا به كالحادث قبل (٤) الافتراق (٥).

والكلام

---

(١) وذلك لأنّ الحطّ يلحق بالعقد قبل لزومه (أى قبل لزوم العقد). وهو أصح الوجهين على ما ذكره الرافعي والنووى. (انظر: الفتح ١١/٤٥٦، والروضة ٥/٩٠).

(٢) وذلك لأن الحط لا يلحق بالعقد بعد لزومه، لا حط الكل، ولا حط البعض. (انظر: المصدرين السابقين).

والى قول الشافعي ذهب الحنابلة. (انظر: المغني ٥/٢٥٩/٣٩٩٧، و كشاف القناع ٤/١٦٠، وشرح منتهى الارادات ٢/٤٤٦).

وقال مالك: " اذا وضع عنه ما يرى أن مثل ذلك مما يوضع في البيوع، فتلك الوضيعة توضع عن الشفيع؛ وان كان شيئا لا يوضع مثله، فتلك الوضيعة هبة، فلا يوضع عن الشفيع من ذلك الشيء ". (المدونة ٥/٤١١، وانظر: الخرشي ٦/١٨٠).

أما لو حط البائع عن المشتري جميع ثمن الشقص، فلا شفعة للشريك اتفاقا، وذلك لانتفاء البيع.

انظر: الهداية ٩/٣٩٤، وتبيين الحقائق ٥/٢٤٨، والمصادر السابقة من المالكية والشافعية والحنابلة.

(٣) ساقط من ب.

(٤) ب: بعد.

(٥) انظر: المبسوط ١٤/١٠٧، والبدائع ٦/٢٧٣٤، والهداية ٩/٣٩٣-٣٩٤، والاختيار ٢/٤٦، وتبيين الحقائق ٥/٢٤٨، و مجمع الأنهر ٢/٤٧٧، والفتاوى الهندية ٥/١٦٩.

والكلام مع أبي حنيفة أخصّ، لأن ابن أبي ليلى يثبته(١) على أصله في إبطال خيار المجلس. والدلالة عليه هو أَنَّ ما سقط من الثمن بالإبراء بعد التزام المبيع لم يسقط في حق الشفيع، قياسًا على الإبراء مِن الجميع. ولأن ما حصل بين متعاقِدَي (٢) المبيع مِن التبرّع لا يتعدّى إلى الشفيع، كالتبرع بالزيادة في الثمن (٣). ولأنّ كُلَّ عقدٍ لا تلحقه الزيادة لم يلحقه(٤) النقصان، قياسًا على ما بعد القبض. ولأنه لو اشترى الشقص بألف درهم وأعطاه بها دينارًا وقيمة الألف مائة دينار أخذه الشفيع بالألف كلها، كذلك في الإبراء مِن بعضها.

فأما الجواب عن جمعهما(٥) بين ما قبل التفرق وبعده: فهو أَنَّ العقد يلزم بالتفرق وتَقَضّي الخيار(٦)، فلم يصح الجمع بين ما قبل اللزوم / وبعده. (١٧١/أ ـ أ)

فصل

(١) (يثبته): من ب؛ وفي أ: غير مقروءة، ويحتمل أن تكون الكلمة (نبه).

(٢) ب: يتعاقدى.

(٣) يعني أنّ المشتري لو زاد في ثمن الشقص للبائع لا تلزم الزيادة للشفيع، بل يأخذه بالثمن المقرّر قبل الزيادة.

انظر: الهداية ٣٩٤/٩، وتبيين الحقائق ٢٤٩/٥، وفتح العزيز ٤٥٦/١١، والروضة ٩٠/٥.

(٤) ب: لا يلحقه.

(٥) ب: جمعها.

(٦) ب: بالخيار.

أ/٢٨ (فصـــل)

فاذا ثبت أن الحطيطة قبل التفرق راجعة إليهما ، وبعد التفرق مختصة بالمشتري ؛ فكذلك في خيار الثلاث هي راجعة إليهما قبل تقضّي (١) الثلاث، و مختصة بالمشتري بعد تقضّي الثلاث (٢) .

و هكذا حكم الحطيطة في الإقالة (٣) وبيع المرابحة (٤) : إن كانت قبل تقضّي الخيارين ، فهي موضوعة من الثمن في حق الفريقين . و إن كانت بعد تقضّي الخيارين ، فهي مختصة بالمشتري / (١٠٥/ب ـ أ) وحده (٥) .

مسـألـة

---

(١) ب : يقض .

(٢) انظر: الفتح ١١/٤٥٦، والروضة ٥/٩٠ .

(٣) سبق تعريف الإقالة . (ر : ص ٤٤٨ /و/١ (فصل) ، رقم الهامش ٦) .
و انظر تفصيل الكلام على أحكام الإقالة في (الهداية ٦/٤٨٦ وما بعدها ، والاختيار ٢/١١ ، والروضة ٣/٤٩٣، وما بعدها ، والمغني ٤/٩٢/٢٩٤٩ ، و شرح منتهى الإرادات ٢/١٩٢) .

(٤) قوله (بيع المرابحة) : قال النووي في " الروضة " (٣/٥٢٦) :
" وهو عقد يُبْنَى الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة ، بأن يشتري شيئًا بمائة ، ثم يقول لغيره: بِعْتُكَ هذا بما اشتريته، ... و بربح درهم لكل عشرة ،أو في كل عشرة " .
يرجع في بيع المرابحة إلى (البدائع ٧/٣٢٠٠ وما بعدها ، والهداية ٦/٤٩٤ وما بعدها ، و بداية المجتهد ٢/١٦١ ، و مغني المحتاج ٢/٧٧، والمغني ٤/١٣٦/٣٠٢١) .

(٥) جاء بعدها في ب : (والله أعلم) .

٢٩ ـ مسألة (١)

قال المزني : وإذا ادّعى عليه أنه اشترى شقصًا له فيه شفعة ، فعليه البينة وعلى المنكر اليمين. فان نَكَلَ ، وحَلَفَ ~~الشفيع~~ الشفيع قضيت له بالشفعة (٢).

اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة :

فذهب البغداديون إلى أنها مصوّرة في شقصٍ مشتركٍ انتقل إلى ملك رجلٍ ، ثم اختلف مالكه والشفيع . فقال الشفيع : تَمَلّكْتَهُ ببيعٍ، فلي شفعتُه. وقال المالك : مَلَكْتُهُ بهبةٍ أو ميراثٍ ، فلا شفعة لك فيه : فالقول فيه قول مالكه الذى هو في يده مع يمينه .

ولو أَنَّ مَن كان الشقص في ملكه (٣) صَدَّقَ الشفيعَ (٤) على الابتياع لم يقبل قوله فيه (٥) ولم تسمع شهادته عليه، لأنه شاهد على فعل نفسه ومُقِرّ في ملك غيره .

وإذا كان القولُ قولَ المالك مع يمينه، نظر في جوابه للشفيع : فان كان قد أجابه عند ادّعاء الشفعة عليه (٦) : بأن لا شفعة لك فيه، كان جوابًا مقنعًا ، وأحلف بالله تعالى : أنه لا يستحق فيه (٧) شفعة (٧) .

وإنّ / كان قد أجابه بأن قال : لم أشتره ، ففي يمينه وجهان : (١٧١/أ-ب) أحدهما

---

(١) ب : فصل .
(٢) انظر : المختصر ٨/١٢١ .

(٣) ب : يده .
(٤) جاء بعده في ب : (في ملكه صدق الشفيع) .
(٥) (فيه) : من ب ، ساقطة من أ .
(٦) (عليه) : من ب ، ساقطة من أ .
(٧) ب : له شفعة .
أ : فيه شفعته .

أحدهما : أنه (١) يحلف بالله : أنــه لم يشتره ، ليكون اليمين موافقة للجواب •

والوجه الثاني : أنه يحلف،أنه لا يستحق فيه شفعة ، لأنها المقصودة بالدعوى •

فإنْ (٢) حَلَفَ برئ من الشفعة ، وإنْ نَكَلَ رُدّت اليمين على الشفيع • وأحلف

ـ إنّ كان المالك قد أنكر(٣) الشفعة ـ بالله تعالى : أنه استحق الشفعة

فيه بالشراء الذى ادّعاه • وإنّ كان المالك قد أنكره الشراء ، أحلف

الشفيع : أنه لقد(*) اشتراه •

وهل يلزم أن يقول في يمينه ، أنه استحق الشفعة فيه أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما ـ وهو قول أبي إسحاق المروزى ـ : أنه لا يلزم • وإنّ أحلفه

الحاكم عليه كان استحبابًا ،لأن هذا من حقوق المالك (٤) فلما لم يطالب به (٤)

لم يلزم •

والوجه الثاني : أنه لازم، لأن نقل الأملاك لا يجوز(٥) بالأمر المحتمل•

وقد يجوز أن يكون قد عفا بعد الشراء •

فاذا حلف على ما وصفنا حكم له بالشفعة• وفي الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها : أنه يُؤْخَذُ منه / وُيّدفَعُ إلى المالك لئلا يؤخذ الشقص (١٠٥/ب ـ ب)

من يده بغير بدل •

والوجه الثاني (٦) : أنه يُوضَع في بيت المال ما لم يدعه المالك ثمنًا (٧) •

والوجه الثالث : أنه يُقَرّ في ذمة الشفيع ما لم يأت المالك مطالبًا •

فصل

---

(١) (أنه) : من ب ، ساقطة من أ • (٢) ب : وان •

(٣) ب : أنكره • (*) ب : قد •

(٤) (فلما لم يطالب به) : من ب ، وفي أ : (فالم يطالبه به) •

(٥) جاء بعدها في أ : (الا) •

(٦) جاء بعدها في ب : (في) •

(٧) أ : (ثلثا) ، ب : (ثمنا) •

أ / ٢٩ (فصـــل)

و (١) ذهب البصريون إلى أنّ المسألة مصوّرة في أنّ صاحب اليد في الشقص المشترك قال عند ادّعاء الشفعة عليه: أنا وكيلٌ لِمالكِه(٢) الغائب فيه، ولم أملكه عنه، فيكون القولُ / قَوْلَهُ مع يمينه لأمرين (١٧٢/أ-أ) من يد وإنكار. فان حلف برئ من الشفعة فيه. وإن نكل ردّت اليمين على الشفيع، فان حلف حكم له بالشفعة. ولا يكون ذلك حُكْمًا على الغائب بنقل ملكه إلى الشفيع؛ وإنّما يكون رَفْعًا ليد الحاضر. ثم في الثمن وجهان:

أحدهما: أنه(٣) يُقْبَضُ مِن الشفيع ويُوضَعُ في بيت المال، حتى يحضر الغائب لأن لا يتصرّف فيه الشفيع بغير بدل.

والوجه الثاني: يُقَرّ في ذمّة الشفيع إلى قُدُوم الغائب، و يُمَكَّنُ مِن التصرّف في الشقص (٤) بما لا يُؤَدّي إلى استهلاكه. و إنْ باعه لم يُمْنَع من بيعه، لأن الغائب (٥ على حقه فيه ٥) مع بقاء عينه.

و هل يُؤْخَذُ بكفيل فيما حصل له عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يُؤْخَذُ به حِفْظًا لحق الغائب.

والثاني: لا يُؤْخَذُ به، لأننا على غير يقين من استحقاقه.

وما ذهب إليه البصريون أشبه بصورة المسألة، لِمَا ذكره المزني بعدها.(٦)

مسألة

---

(١) ساقطة من ب.
(٢) (لمالكه): من ب، ساقطة من أ.
(٣) (أنه): من ب، ساقطة من أ.
(٤) جاء بعدها في ب: (و).
(٥) ب: (فيه على حقه).
(٦) جاء بعدها في ب: (والله أعلم).

٣٠ ـ مسألة

قال المزني : ولو أقام الشفيح البينة : أنه (١) اشتراها من فلان الغائب بألف درهم ؛ و أقام الذى ذلك (٢) في يده (٣) البينة : أنَّ فلانًا أَوْدَعَهُ إيّاها : (٤ قُضيت له بالشفعة ٤)، ولا يمنع الشراء الوديعة (٥) ·

وصورتها أن يقول صاحب (٦) اليد على الشقص عند ادّعاء الشفعة عليه : أنا وكيلٌ لِصَاحِبه مُسْتَوْدَعٌ (٧ في حفظه · فيقيم الشفيعُ البينةَ عليه بالشراء ، ويُقيمُ صاحب اليد البينةَ بأنه وَكيلٌ مُسْتَوْدَعٌ ٧) : فلاتتعارض البينتان / ، ويحكم ببينة الشفيع ، لأنه لا يمتنع أن يكون (١٧٢/أ ـ ب) وكيلاً مُسْتَوْدَعًا ، ثم يصير مُشْتَرِيًا مالِكًا (٨) ·

فان أراد صاحب اليد أن يقيم البينة على أنه لم يشتر لم يجز، لأنها بينة على نَفْيٍ مُجَرَّدٍ (٩) ·

مسألة

(١) ب : بأنه ·
(٢) المختصر : ذلك الذى ·
(٣) المختصر : يديه ·
(٤) ما بين القوسين مكرر في أ ·
(٥) انظر: المختصر ١٢١/٨ ·
(٦) أ : (لصاحب)، ب : (صاحب) ·
(٧) ما بين القوسين ساقط من ب ·
(٨) انظر: الفتح ٤٧٣/١١، والروضة ٩٨/٥ ·
(٩) جاء بعده في ب : (والله أعلم) ·

٣١ ـ مسألة

قال المزني رضي الله عنه(١) : و لو أنَّ رجلين باعا مِن رجلٍ شقصًا /، فقال الشفيع : أنا آخُذُ ما باع فلان ، وأدَعُ حصة فلان ؛ فذلك له في قياس (٢) قوله(٣)٠ وكذلك لو اشترى رجلان مِن رجلٍ شقصًا كان للشفيع أن يأخذ حصة أيِّهما شاء (٤) ٠

و هما مسألتان : إحداهما متفق عليها (٥) ، والأخرى مختلف فيها ٠

فأما المتفق عليها : فهي في شقصٍ لرجلٍ واحدٍ باعه صفقةً على رجلين ، فللشفيع أنَّ يأخذ الشقصَ كُلَّهُ منهما ، وله أنَّ يأخذ حصة أحدهما ، وَيَعْفُوَ (٦) عن الآخر، لأنهما عَقْدان (٧) (٨) ٠

و أما

---

(١) (رضى الله عنه) : من ب ٠

(٢) المختصر : في القياس ٠

(٣) أى قول الشافعي رحمه الله عليه ٠

(٤) انظر : المختصر ١٢١/٨ ٠

(٥) ب : عليه ٠

(٦) ب : أو يعفوا ٠

(٧) انظر : المبسوط ١٠٤/١٤ ، والبدائع ٢٧٣٠/٦ ، والاختيار ٤٧/٢ ، وتبيين الحقائق ٢٦١/٥ ، ومجمع الأنهر ٤٨٦/٢ ،والمهذب ٣٢٥/١٤ ،والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٠٦/٢ ،ونهاية المحتاج ٢١٥/٥ ، والمغني ٤٠٢٢/٢٧٤/٥ ، وكشاف القناع ١٥٠/٤ ، و الروض المربع ٢٢٧/٢ ٠

(٨) و هو قول أشهب من المالكية على ما ذكره صاحب " القوانين الفقهية " (ص ٢٩٢) ، وذكر الدسوقي في حاشيته على " الشرح الكبير "(٤٩٠/٣) : أنه قول أشهب و سُحْنُون ٠ وقال عنه الدردير : إنَّهُ صحيح أيضًا ،حيث إنه مقابل الأصح ٠ (الشرح الكبير ٤٩٠/٣) ٠ والأصح عند المالكية كما ذكره صاحب " القوانين الفقهية " (ص ٢٩٢) و غيره : " أنّ الشفيع يُخَيَّرُ بين أن يأخذ مِن الجميع أو يدع الجميع ، وليس له أن يأخذ من بعض دون بعض ، إلاّ أنّ يرضى مَنْ يريد الأخذ منه " ٠ (الخرشي ١٧٦/٦) ٠ قال الدردير : هو مذهب ابن القاسم ٠ (الشرح الكبير نفسه) ٠

وأما المختلف فيها : فهي في شقصٍ لرجلين باعاه صفقةً على رجلٍ واحدٍ بثمنٍ واحد .

فعند الشافعي رضى الله عنه (١) : أنَّ الشفيع بالخيار بين أن يأخذ من المشتري جميعَ الشقص ، وبين أن يأخذ منه حصة أحد البايعين دون الآخر(٢) .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز للشفيع أن يفرّق صفقة المشتري ، وله أن يأخذ الكُلّ أو يدعه ،كما لو كان البائع واحداً . (٣) .

وهذا خطأ . لأنه عقد اجتمع في أحد طرفيه عاقدان ، فوجب أن يكون في حكم العقدين ، كما لو كان المشتري (٤) اثنين .ولأن اجتماع البايعين في عقد كافتراقهما في عقدين . ألا ترى : أنه لو كان لكل واحد منهما عبد فباعاهما (٥) في عقد واحد بثمن واحد ، لم يجز للجهالة بثمن كل / (١٧٣/أ ـ أ) واحد منهما ، ولو (٦) كانا لرجل واحد جاز للعلم بثمنهما (٧) .

فعلى

---

(١) (رضى الله عنه) : من ب .

(٢) وهو على الأصح عند الشافعية ،وبه قال الحنابلة . والوجه الثاني : ليس له أخذ حصة أحدهما دون الآخر ، لأن المشتري ملك الجميع فلا يُفَرَّقُ ملكه عليه .

انظر : المهذب ١٤ /٣٢٥ ، والروضة ٥ /١٠٦ ، والمنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢ /٣٠٦ ، ونهاية المحتاج ٥ /٢١٥ ،ورحمة الأمة ، ص ٢٢٥ ، والمغني ٥ /٢٧٤ /٢٢٠٤٠ ، والروض المربع ٢ /٢٢٧ .

(٣) انظر : المبسوط ١٤ /١٠٤ ، والبدائع ٦ /٢٧٢٩ وتبيين الحقائق ٥ /٢٦١ـ٢٦٢ ، ومجمع الأنهر ٢ /٤٨٦ .

وما قاله أبو حنيفة رحمه الله ، وهو وجه عند الشافعية كما ذكرنا ، وهو الأصح عند المالكية .

انظر : القوانين الفقهية ، ص ٢٩٢ ، ومختصر خليل ، ص ٢٢٦ ، والخرشي ٦ /١٧٥ـ١٧٦ ، والشرح الكبير ٣ /٤٨٩ـ٤٩٠ .

(٤) أ : (المشترين) ، ب : (المشترى) .

(٥) ب : فباعاه .

(٦) ب : وان .

(٧) ب : بينهما .

فعلى هذا : لو كان الشقص لرجلين فباعاه معا في عقد واحد على رجلين ، فحكم هذا العقد حكم أربعة عقود (١) : فيكون للشفيع أن يأخذ الشقصَ كُلَّهُ بالعقود الأربعة ، وله أن يأخذ ثلاثة أرباعه بثلاثة عُقُود : نصفه من أحد المشتريين بعقدين ، و ربعه من الآخر بعقدٍ واحدٍ ، وله أن يأخذ النصف بعقدين من أحد المشتريين أو من المشتريين ،وله أن يأخذ الربع بعقد واحد من مشترٍ واحدٍ .

و هكذا : لو باع مالك الشقص بعضه على رجل في عقد ، ثم باع باقيه في عقد ؛ كان الشفيع مخيرًا في أخذ كل[٢] الشقص بالعقدين ، وفي أخذ إحدى (٣) الحصتين ، سواء كان المشتري واحدًا أو اثنين .

مسألة

---

(١) انظر : الروضة ٥/١٠٦ ، ومغني المحتاج ٢/٣٠٧.

(٢) ب : كلي .

(٣) ساقطة من ب .

٣٢ـ مســـــألـــة

قال المزني رضي الله عنه (١) : ولو زعم المشتري أنه اشتراها بألف، فأخذها الشفيع / بألف. ثم أقام (١٠٦/ب ـ ب) البائع البينة أنه باعه إياها بألفين قُضِيَ بألفين على المشتري، ولا يرجع المشتري على الشفيع، لأنه مُقِرٌّ أنه استوفى (٢) جميعَ حَقِّهِ (٣) .

وصورتها في رجل اشترى شِقْصًا، وأخذه (٤) الشفيع من يده بألف، ثم (٥) ذكر المشتري أنها قدر ثمنه. ثم إنّ البائع ادّعى (٦) على المشتري أنّ الثمن ألفان، فلا يخلو حال البائع والمشتري مِن أربعة أحوال :

فالحال الأولى (٧) : أن يُصَدِّقَهُ المشتري على الألفين من غير أن يقوم له بينة، فيلزم المشتري بتصديقه دفع الألف الثانية إلى البائع. وليس له أن يرجع بها على الشفيع / إنْ أكذبه، لأن إقراره مقبول على نفسه، (١٧٣/أ ـ ب) ومردود على غيره (٨) .

ثم إنْ كان المشتري قد عقد الشراء بنفسه لم يكن له إحلاف الشفيع إذا أكذبه؛ لأنه قد أكذب بقوله الأول دعواه الثانية. وإنْ كان قد استناب (٩) فيه وكيلاً أجبر باليمين (١٠) عن قوله. ففي إحلاف (١١) الشفيع وجهان :

أحدهما : يستحق إحلافه لإمكانِ ما قاله.

والوجه الثاني : لا يستحق إحلافه كما لو تولى عقده.

فصل

---

(١) (رضي الله عنه) : من ب.

(٢) أ : (استوفا)، ب : (استوفى)، وجاء بعدها في ب: (في).

(٣) انظر: المختصر ١٢١/٨.

(٤) ب : فأخذه. (٥) (ثم) : من ب.

(٦) أ : (ادعا)، ب: (ادعى).

(٧) أ، ب : (الأولة).

(٨) انظر: المهذب ٣٤٨/١٤، والفتح ٤٧٢/١١، والروضة ٩٧/٥، ومغني المحتاج ٣٠٤/٢.

(٩) ب : استبان. (١٠) أ : (بالثمن)، ب: (باليمين).

(١١) أ، ب : (احتلاف). والصحيح ما أثبتناه، وهو ظاهر من قول المؤلف التالي.

أ/٣٢ (فصـــل) (١)

والحال الثانية : أن يكذب المشتري البائع في ادّعاء الألفين ، (٢) ولا يكون (٢) للبائع بيـنـة .

فمذهب الشافعي رضى الله عنه (٣) أنهما يتحالفان (٤) .

وقال أبوحنيفة : يكون القولُ قولَ المشتري مع يمينـه . لأنّ الشقصَ لاستحقاقه بالشفعة يصير مستهلكًا (٥) . ومِن مذهبه أن استهلاك المبيع يجعل القولَ عند الاختلاف قولَ المشتري . وقد تقدم الكلام معه .

و اذا

---

(١) (فصل) : ساقط من ب . (٢) ب : ولا يكذب .

(٣) (رضى الله عنه) : من ب .

(٤) انظر: الفتح ١١ /٤٧٢، والروضة ٥ /٩٧، و ر : ص٤٩٧/د /٥ (فصل) .

و به قال الحنابلة . (انظر: المغني ٥ /٢٦٨، والكافي لابن قدامة المقدسي ٢ /٤٢٨ .

(٥) وهوكذلك بعد أَنْ قَبَضَ البائع الثمنَ من المشتري ، يعني : يعتبر قول المشتري في مقدار الثمن ،وأخذ الشفيع الشقص بما قاله المشتري .

لكن إذا ادّعى البائع ثمنًا أكثر مما إدّعاه المشتري قبل قبضه، فيتحالفان : فأيهما نكل عن اليمين ،ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر، فيأخذه الشفيعُ بذلك . وإنّ حلفا ، فسخ القاضي العقد بينهما ،ويأخذ الشفيع الشقص بما قال البائع ، لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع ،كما لو ردّ عليه بعيب بقضاء القاضي .

انظر: تبيين الحقائق ٥ /٢٤٨ ، والبحرالرائق ٨ /١٥٢ ، ومجمع الأنهر ٢ /٤٧٧،والفتاوى الهندية ٥ / ١٨٥ ، الباب العاشر .

وقال المالكية : القولُ المشتري بيمينه إذا أتى بما يشبه أن يكون ثمنًا للشقص . فان نكل وحلف البائع على دعواه وأخذ ما حلف عليه من الثمن . فهل يأخذ الشفيع الشقصَ بما ادعى به المشتري أوبما دفعه للبائع ؟ في ذلك قولان . قد ذكر صاحب " جواهر الإكليل " أنه يأخذ الشقص بما ادعاه المشتري على قول ابن المواز ، وعلى قول ابن عبد الحكم وأصبغ يأخذه بما دفعه للبائع .

انظر: الخرشي ٦ /١٨١ ، والشرح الكبير ٣ /٤٩٦،وجواهر الإكليل ٢ /١٦٤ .

و (١) إذا كان (٢) الواجب تحالفهما لم يخل حال الشفيع من أن يكون مصدّقا للبائع أو مكذبا له .

فان كان مصدقا له ، جاز أن يشهد له على المشتري (٣) إنّ كان عَدْلاً ، لأنه يستضرّ بها ولا ينتفع (٤) . وليس للمشتري أن يرجع بها على الشفيع إذا غرمها ، لأنه لا يدعيها . وإنْ تعذّر غرم المشتري لها بغيبة أو غيرها (٥) ، فهل يستحق البائعُ أخذَها مِن الشفيع أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يستحق أخذها منه وإن صدقه عليها لوجوبها على غيره ، و إقرار الشفيع بها لغيره .

والوجه الثاني : يستحق / أخذها منه ، لأن عقد البيع منتقل (١٠٧/ب ـ أ) إليه و ثمنه مستحق عليه .

و إنّ كان الشفيع (٦) مكذبا للبائع / تَحَالَفَ البائعُ والمشتري ،(١٧٤/أ ـ أ) ولم تبطل الشفعة بتحالفهما ـ سواء قيل : إنّ العقد يبطل بالتحالف أو لا يبطل ـ (٧) لاستقرار الشقص على ملك الشفيع بالأخذ (٨) بخلاف ما مضى من تحالفهما قبل الأخذ .

ثم هل يستحق البائع إحلاف الشفيع أم لا ؟ على وجهين من وجوب غرمه (٩) إن صدق .

فصل

---

(١) ساقطة من ب .
(٢) جاء بعدها في أ : (الجواب) ، وأشير اليها أنها مشطوبة .
(٣) جاء بعدها في ب: (و) .
(٤) انظر: الروضة ٩٧/٥ ، ومغني المحتاج ٣٠٤/٢ .
(٥) أ : (غير) ، ب : (غيرها) .
(٦) ب : المبيع .
(٧) و اذا حلفا ، ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان . (ر: ص٤٩٧/ د/٥ (فصل) .
(٨) انظر : الروضة ٩٧/٥ .
(٩) جاء بعدها في ب: (و) .

ب/٣٢ (فصـــل)

والحال الثالثة : أن يكذب المشتري ، ويقيم البائع البينة ، فيحكم بها على المشتري دون الشفيع (١) .

وقال أبو حنيفة : إن كان الشفيعُ قد أخذ الشقص من يد البائع حكم بها على الشفيع دون المشتري ، وإن كان قد أخذه (٢) من يد المشتري حكم بها على المشتري دون الشفيع بناء على أصله في عهدة المبيع (٣) .

وقد مضى الكلام معه في أصله (٤) .

فاذا حكم بها على المشتري لم يرجع المشتري بها على الشفيع ، لأنه مُقِرّ أنه مظلوم بها ، وإنّ الشفيعَ بريءٌ منها . وإنْ (٥) تَعَذَّرَ أخذها من المشتري لم يجز أن تؤخذ من الشفيع إنّ كان مكذبًا ، لأن البينة بها قائمة على غيره .

و (٦) هل تؤخذ منه إنّ كان مصدقا ؟ على ما مضى من الوجهين (٧) .

فصـــل

---

(١) انظر : المهذب ١٤ /٣٤٨ ، والفتح ١١ /٤٧٢ ، والروضة ٥ /٩٧ .

وإلى قول الشافعية ذهب الحنابلة .

انظر : المغني ٥ /٢٦٨ /٤٠١٣ ، والكافي ٢ / ٤٢٧ـ٤٢٨ ، والروض المربع ٢ /٢٢٩ ، وكشاف القناع ٤ /١٦١ .

(٢) ب : أخذ .

(٣) ولم أقف على ما نسبه المؤلف إلى أبي حنيفة فيما اطلعت عليه في مظانه من كتب الحنفية كما تصوره المؤلف ، وإنما جاء في " الفتاوى الهندية " (٥ /١٨٨) الباب العاشر) ما نصه : " إذا أقر المشترى أنه اشترى هذه الدّار بألفي درهم ، وأخذها الشفيع بذلك . ثم ادعى البائع أن الثمن ألفان وأقام على ذلك بينة ، قبلت بينته ، وكان للمشترى أن يرجع على الشفيع بألف آخر . وإن أقر أن الثمن ألفان لم يرجع على الشفيع بألف آخر . "

وقوله (بناء على أصله ...) : يعني أن الشفيع اذا أخذ الشقص من البائع فعهدته على البائع ، واذا أخذه من المشترى فعهدته على المشترى . (ر : ص٦٠٩ /٢٤ مسألة) .

(٤) ر : ص٦١١ /٢٤ـ مسألة .

(٥) ب : فان

(٦) ساقطة من ب .

(٧) ر : ص ٦٣٤ /أ /٣٢ (فصل) .

ج ٣٢/ (فصل)

والحال الرابعة : أن يصدق المشتري ، ويقيم البائع البينة : فتؤخذ الزيادة من المشتري ،ولا يرجع المشتري بها على الشفيع إن كان قد (١) عاقد (٢) بنفسه (٣) .

وقال أبوحنيفة : يرجع بها (٤) المشتري على الشفيع،لأنها بينة للبائع على المشتري ،وبينة للمشتري على الشفيع (٥) .

وهذا خطأ . لأن إقراره أثبت من بينته ،فقد (٦) أقرّ مبتدئًا باستيفاء حقه / ، فصار مكذبًا لبينته . وإذا كان كذلك لم يرجع المشتري (١٧٤/أ-ب) بها على الشفيع مع إنكاره إنّ كان عاقدًا (٧) بنفسه .

وهل يرجع بها إن كان مستنيبًا (٨) في عقده (٩) ؟ على وجهين :

أحدهما - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - : يرجع بها ، لأنه لم يتقدم منه تكذيب لبينته .

والوجه الثاني : لا يرجع بها ، لأنه قد أقر باستيفاء حقه .

وهذا قول أبي حامد المَرْوَرُّوذِيّ (١٠) . وهو الظاهر من قول المزني (١١) .

فصل

---

(١) ساقطة من ب . (٢) ب : عاقدا .

(٣) انظر: الفتح ٤٧٢/١١ ، والروضة ٩٧/٥ ،ومغني المحتاج ٣٠٤/٢ .
وإليه ذهب الحنابلة . (انظر : المغني ٢٦٨/٥/١٣٠٤٠ ،والكافي ٤٢٨/٢ ، وكشاف القناع ١٦١/٤-١٦٢) .

(٤) جاء بعدها في أ : (على) .

(٥) وهوكما نسبه المؤلف إلى أبي حنيفة اذا لم يقر المشترى بما ادعاه البائع من زيادة الثمن التي أقام عليها البائع البينة . أما اذا أقر بها فلم يرجع المشترى على الشفيع بالزيادة كما ذكرناه . (ر : ص ٦٣٥ ،رقم الهامش ٣) .

(٦) ب : وقد . (٧) أ : (عاقد) ، ب: (عاقدا) .

(٨) ب : مستثبتا . (٩) (في عقده) : من ب ، ساقطة من أ .

(١٠) أ : (المروردى) ، ب : (المروروذى) . وهوأبوحامد المَرْوَرُّوذِيّ ،سبقت ترجمته . (ص ٤٧٤) .

(١١) ر : ص ٣٢/٦٣٢ - مسألة .

د ٣٢/ (فصـــل)

ولو ادّعى البائع بقاء (١) الثمن / على المشتري ، وهو (١٠٧/ب ـ ب)
غائب ، جاز ـ لجواز القضاء على الغائب ـ أن يؤخذ الثمن مِن الشفيع
للمشتري بعد إحلافه للمشتري بالله تعالى : أنه لَعَلَى (٢) حَقِّهِ من الشفعة ،
ويدفع عن المشتري إلى البائع بعد إحلافه للمشتري بالله : أن الثمن
لَبَاقٍ عليه . فان قدم المشتري ، فأقام البينة على البائع بقبض الثمن ، أو
على الشفيع بالعفو عن الشفعة حكم له بما توجبه بينته .

مسألة

---

(١) (بقاء): من ب ، وفي أ : (رد) .
(٢) ب : نقل .

٣٣ـ مسألة

قال المزني : ولو كان الثمن عبدًا فأخذه(١) الشفيعُ بقيمة العبد • ثم أصاب البائع بالعبد عيبًا ، فله ردّه ، ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص(٢) •

وصورتها في رجل اشترى شقصا بعبد ، فيستحق الشفيعُ أخذه بقيمة العبد • ثم يظهر البائع على عيبٍ في العبد • فهذا على ضربين :

أحدهما(٣) : (٤ أن يكون ظهور العيب بعد أخذ الشفيع الشقصّ بقيمة العبد • فهذا أيضًا على ضربين :

أحدهما : أن يمكن ٤) رَدّ العبد : فيستحق البائع ردّه على المشتري • ثم قد فات بأخذ الشفيع / استرجاعُ الشقصِ ، كما لو باعه (١٧٥/أ ـ أ) المشتري : لم يستحق البائع استرجاعه من المشتريِ الثاني(٥) • وإذا فات الردّ بما ذكرنا رجع البائع بقيمة الشقص على المشتريِ في أقل ما كان قيمة من وقت عقد البيع أو قبض المشتري • وقد استوفى البائع حقه •

وهل يستحق المشتري أخذ الشفيع (٦ بما غرمه ٦) من قيمة الشقص أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يستحق عليه إلّا قيمة العبد الذى كان ثمنًا • وقد استوفاها ، ولا يستحق الرجوعَ بما استحدث غرمه من قيمة الشقص(٧) •

والوجه

---

(١) أ : (وأخذه) ؛ ب ، المختصر: (فأخذه) •

(٢) انظر: المختصر ١٢١/٨ •

(٣) جاء بعدهما في ب : (انه) • (٤) ما بين القوسين ساقط من ب •

(٥) وما ذكره المصنف ، وهو المذهب على ما ذكره الرافعي ، وقال عنه النووى : إنه المشهور • وفي قولٍ : يسترد المشتريِ الشقص من الشفيع ويرد عليه ما أخذه ، ويسلم الشقص إلى البائع ، لأن الشفيع نازل منزلة المشتري • فردّ البائع يتضمن نقض ملكه ، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه •
انظر : الفتح ٤٥٧/١١ ، والروضة ٩٠/٥ •

(٦) ب : ما غرم •

(٧) هذا الوجه أظهر على ما ذكره الرافعي ، وقال عنه النووى : إنه أصح •
انظر : المصدرين نفسهما •

والوجه الثاني : أنه(١) يستحق عليه قيمة الشقص، لأن الشفيع يدخل مدخل المشتري، ويأخذ منه بما قام عليه(٢) .

فعلى هذا : يتقاصان في قيمة الشقص بما أخذه المشتري من قيمة العبد :

فان كانت قيمة العبد (٣) أكثر رجع الشفيع على المشتري بالفاضل من قيمة العبد . وإنْ كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشتري على الشفيع بالفاضل من قيمة الشقص . وإنّ كانتا سواءً فلا تراجع بينهما .

أ/١٣٢/ فصل) (*)

والضرب الثاني : أن يفوت ردّ (٤) العبد إمّا لموته و (٥) إمّا لحدوث (٦) عيب به : فيستحق البائع بفوات ردّه الرجوعَ بأرش عيبه .

فاذا رجع على (٧) المشتري به، نظر في الشفيع : / فان كان (١٠٨/ب ـ أ) قد أخذ الشقص بقيمة العبد سليمًا مِن عيبٍ، فلا رجوع للمشتري عليه بشيء(٨) . وإنّ كان قد أخذه بقيمة العبد معيبًا رجع عليه المشتري بأرش العيب وجهًا واحدًا، لأنه مِن تمام الثمن . / (٩) . (١٧٥/أ ـ ب)

فصل

---

(١) جاء بعدها في ب : (لا)، والمثبت هو الصحيح .

(٢) قد حُكي هذا الوجه عن ابن سريج على ما ذكره الرافعي . (انظر: الفتح ١١/ ٤٥٧) .

(٣) ب : الشقص .

(*) ب : مسألة .

(٤) ساقطة من ب .

(٥) ب : أو .

(٦) ب : بحدوث .

(٧) (على) : من ب، ساقطة من أ .

(٨) انظر: الفتح ١١/ ٤٥٨، والروضة ٥ / ٩١ .

(٩) قوله (وجها واحدا) : قد ذكر فيه الرافعي والنووي وجهين : أحدهما ـ وهو الأصح ـ : ما قاله المصنف، ومال ابن الصباغ إلى القطع به . لأن الشقص استقر عليه بالعبد والأرش، ووجوب الأرش من مقتضي العقد، لاقتضاء السلامة . والثاني : لا رجوع للمشتري على الشفيع
ولو رضي البائع ولم يرده، ففيما يجب على الشفيع وجهان : أحدهما : قيمة العبد سليمًا . والثاني : قيمته معيبًا، حتى لو بذل قيمة السليم، استردّ قيمة السلامة من المشتري .

انظر : الفتح ١١/ ٤٥٨، والروضة ٥/ ٩١ .

ب/٣٣ (فصـــل)

والضرب الثاني (١) ـ (٢ في الأصل ـ : أن يكون ظهور البائع ٢) على العيب قبل أخذ الشفيع . ففي أحقّهما بالشقص وجهان ـ من اختلاف الوجهين في الشقص، إذا كان صَدَاقًا ، وتنازعه الشفيعُ والزوجُ المُطَلِّق قبل الدخول ـ :

أحد الوجهين : أنّ البائع أحقُّ ، إذا قيل : إنّ الزوجَ هناك أحق . فعلى هذا : تبطل الشفعة .

والوجه الثاني : أنّ الشفيع أحقُّ ، (٣) إذا قيل : إنّه بالصداق أحقُّ . فعلى هذا : يرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص .

ثم فيما يأخذه الشفيع به (٤) وجهان :

أحدهما : أنه يأخذه بقيمة العبد الذى كان ثمنًا .

والوجه (٥) الثاني : أنه يأخذه بقيمة الشقص الذى صار معروفًا . والله أعلم (٦) .

مسألة

---

(١) ب : (الثالث) . والصحيح ما ثبت في أ . (ر : في الضرب الأول ، ص ٦٣٨ /٣٣ـ مسألة) .

(٢) ب : (أن يكون في الأصل ظهور البائع) .

(٣) إنّ الشفيعَ أحق به من الزوج على الأصح على ما ذكره المؤلف هناك . (ر : ص ٥٠٨ /٨ـ مسألة) .

قال الشيرازى عن الوجهين : " أحدهما : يقدم الشفيع، لأن حقه سابق ، لأنه ثبت بالعقد ، وحق البائع ثبت بالرد . والثاني : أن البائع أولى ، لأن في تقديم الشفيع إضرارًا بالبائع في إسقاط حقه من الرد . والضرر لا يُزال بالضرر " . (المهذب ١٤ /٣٣٥) .

(٤) ساقطة من ب .

(٥) قوله (الوجه) : ساقط من ب .

(٦) قوله (والله أعلم) : لم يثبت في ب .

٣٤ ـ مسألة

قال المزني رضي الله عنه(١) : ولو (٢) استحق العبد بطلت الشفعة، ورجع البائع فأخذ شقصه (٣) .

وهذا صحيح . لأن استحقاق الثمن يوجب إبطال البيع (٤)، و بطلان البيع يوجب بطلان الشفعة، وبطلان الشفعة يوجب استرجاع الشقص؛ فصار استحقاق الثمن مخالفا لظهور العيب به الموجب لفسخه دون إبطاله .

مسألة

---

(١) (رضي الله عنه) : من ب .

(٢) المختصر : و ان .

(٣) انظر : المختصر ٨/١٢١ .

(٤) انظر : الروضة ٥/٩٣، و مغني المحتاج ٢/٣٠٣ .

٣٥ ـ مسألة

قال المزني رحمه الله (١) : ولو صالحه من دعواه على شقص لم يجز في قول الشافعي رضي الله عنه (٢) إلا أن يُقِرّ المُدَّعى (٣) عليه بالدعوى فيجوز (و) (٤) للشفيع أخذ الشفعة بمثل الحق الذى وقع به الصلح إن كان له مثل، أو قيمته (ـه) (٥) إنْ لم يكن له مثل (٦) .

والصلح ضربان : صلح عن إنكار، فهو باطل، ولا شفعة فيه . / (١٧٦/أ ـ أ) وصلح عن إقرار، فهو جائز، والشفعة فيه واجبة . وهو ضربان :

أحدهما : أن يدّعي رجلٌ شقصاً في يد رجلٍ، فيصالحه منه بعد إقراره به على ألفٍ أو عبدٍ؛ فيصير المُدَّعى عليه مشتريًا للشقص بالألف أو بالعبد، فللشفيع (٧) أن يأخذه من المُدَّعى عليه بمثل الألف أو بقيمة العبد .

والضرب الثاني : أنْ يدعي رجلٌ على رجلٍ ألفًا أو عبدًا / (١٠٨/ب ـ ب) فيصالحه منه بعد إقراره به على شقص؛ فيصير المدعي مشتريًا للشقص بالألف أو بالعبد، فللشفيع أن يأخذه من المدعي بمثل الألف أو بقيمة العبد . والله أعلم (٨) .

مسألة

---

(١) (رحمه الله) : من ب .
(٢) (رضي الله عنه) : من ب .
(٣) أ : (المدعا)؛ ب، المختصر : (المدعى) .
(٤) (و) : زيادة من المختصر .
(٥) (ـه) : زيادة من المختصر .
(٦) انظر : المختصر ١٢١/٨ .
(٧) أ : (وللشفيح)، ب : (فللشفيح) .
(٨) قوله (والله أعلم) : لم يثبت في ب .

٣٦ ـ مسألة

قال المزني رحمه الله (١) ولو أقام رجلان كل واحد منهما البينة (٢) : أنه اشترى من هذه الدار شقصًا، وأراد (٣) أخذ (٤) شقص صاحبه بشفعته . فان وَقَّتَت (٥) البينة وقتًا (٦)، فالذى سبق بالوقت له الشفعة، وإنْ لم تُؤَقِّت (٧) وقتًا بطلت الشفعة . لأنه يمكن أن يكونا اشتريا مَعًا، وحُلِّفَ كُلُّ واحدٍ منهما لصاحبه على ما ادّعاه (٨) .

وصورتها في رجلين اشتريا دارًا في عقدين من رجل، أو من رجلين . ثم اختلفا : فقال كل واحد منهما : أنا سبقتك بالعقد، فلي الشفعة عليك؛ فلا يخلو حالهما من أحد أمرين : إما أن يكون لهما بينة، أو لا يكون لهما بينة.

فان لم يكن لهما بينة: تحالفا على ما تداعياه . والمسبوق بالدعوى (٩) مُقَدَّم باليمين (١٠)، فيحلف بالله : أنه لا يعلم أن صاحبه ملك قبله؛ فتكون يمينه على العلم لنفى ما ادّعاه / صاحبه من تَقَدُّم ملكه، لأنه (١٧٦/أ ـ ب) منكر . ويستحلف الثاني بمثل هذه اليمين التي حلف بها الأول لدعواه على الثاني مثل (١١) ما ادّعاه (١٢ عليه الثاني ١٢) .

و اذا

---

(١) (رحمه الله) : من ب .

(٢) المختصر : بينة .

(٣) جاء بعدها في ب : (أحدهما) . (٤) ساقطة من ب .

(٥) ب : وقت . (٦) ساقطة من ب .

(٧) أ، ب : (لم يوقتا)؛ المختصر : (لم تؤقت) . والصحيح ما ثبت في المختصر، ويدل عليه قوله السابق: (فان وقتت البينة) .

(٨) انظر : المختصر ١٢١/٨ .

(٩) ب : في الدعوى .

(١٠) ب : في اليمين .

(١١) ب : على .

(١٢) ب : الثاني عليه .

وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الأول في هذه اليمين الموضوعة لنفي الدعوى من أحد أمرين: إما أن يحلف بها أو ينكل عنها ·

فان حلف بها فقد برئ مِمّا ادّعى عليه ، وسقطت الشفعة فيما ملكه · و (١) يستأنف إحلاف الثاني للأول بمثل هذه اليمين ، وتسقط الشفعتان ·

وإنْ نَكَلَ الأول عن اليمين رُدّت اليمين على المدعي (٢) السابق بالدعوى ليحلف على إثبات ما ادّعاه قطعًا بالله : لقد ملكه (٣) قبل صاحبه ، فاذا حلف حكم له بالشفعة وتسقط دعوى الناكل ، لأن ملكه قد أخذ بالشفعة ، فلم يبق بعد زوال ملكه حق في استحقاق الشفعة به ·

ولو كان المُقَدَّمُ باليمين حَلَفَ ، وَنَكَلَ بعده الثاني ، رُدّت يمينه على الأول ليحلف بها إثباتًا لِمَا ادّعاه قطعًا بالله : لقد ملك قبل صاحبه ، / (١٠٩ /ب ـ أ) ولا يكتفي باليمين الأولى (٤) ، لأن الأولى (٥) لنفي ما ادّعى عليه ، والثانية لإثبات ما إدّعاهُ · ولذلك كانت الأولى (٦) على العلم ، والثانية على البت ·

فهذا حكم أيمانهما عند عدم البينة (٧) ·

٣٦/أ (فصل)

فاذا (٨) كان لهما بينة فلا يخلو حالهما من أربعة أقسام :

أحدهما : أن يكون فيها بيان لإثبات الشفعة · والثاني : أن يكون فيها بيان لإسقاط الشفعة · والثالث : أن (٩) لا يكون فيها بيان لإثبات ، ولا / (١٧٧/أ ـ أ) لإسقاط · والرابع : أن يتعارض الإثبات والإسقاط ·

فأما

---

(١) ب : ثم ·
(٢) أ : (المدعا) ، ب : (المدعي) ·
(٣) أ : (ملك) ، ب : (ملكه) ·
(٤، ٥، ٦) : أ ، ب : الأولة ·
(٧) جاء بعدها في ب : (والله أعلم) ·

انظر: الفتح ١١ /٤٤١ ـ ٤٤٢ ، والروضة ٥ /٨٢ ـ ٨٣ ·

(٨) ب : واذا ·
(٩) (أن) : من ب ، ساقطة من أ ·

فأما القسم الأول ـ وهو أن يكون فيها بيان لإثبات الشفعة ـ : فعلى ثلاثة أضرب :

أحدها : أن يقيم أحدهما البينة : أنه اشترى في المحرم، ويقيم الآخر البينة : أنه اشترى في صفر : فتكون الشفعة للأسبق منهما شراء لتقدم ملكه (١) .

والضرب الثاني : أن يقيم أحدهما البينة : أنه اشترى في المحرم، وأن صاحبه اشترى في صفر : فيحكم له بالشفعة، وإن تفرد باقامة البينة لثبوتها بتقدم ملكه على ملك صاحبه (٢) .

والضرب الثالث : أن يقيم أحدهما البينة : أنه اشترى قبل صاحبه من غير أن يشهد توقيت (٣) العقدين . فقد قال أبو علي بن أبي هريرة : لا يحكم بهذه البينة ما لم يعين على وقت العقدين لجواز الاشتباه .

وهذا خطأ منه . لأن تعيين الوقت لا يفيد أكثر من تعيين أحد العقدين بأنه أسبق من الآخر، فاذا (٤) شهد (٥) بأنه أحدهما أسبق من الآخر أجزأ ، وإن لم يعين الزمان ؛ وإنما يلزم تعيين ما يتعلق به الحكم إذا كان للاجتهاد فيه مدخل، كالذى يكون به الجرح و التعديل .

وأما القسم الثاني ـ وهو أن يكون فيها بيان لإسقاط الشفعة ـ :
فهو أن يقيم كل واحد منهما بينة : بأنه (٦) عقد الشراء في وقت مثل وقت صاحبه . مثل أن تشهد بينة كل واحد منهما : بأنه (٧) اشترى مع زوال الشمس من غرة المحرم، فتدل البينتان على سقوط الشفعة في العقدين، لوقوعهما مَعًا ، و أنه ليس ثبوتها مع / التساوى (١٧٧/أ ـ ب) لأحدهما بأقلّ (٨) من ثبوتها عليه / فسقطتا لتقابلهما (٩) . (١٠٩/ب ـ ب)

و أما

---

(١) انظر : الفتح ١١/٤٤٢ ، والروضة ٥/٨٣ .
(٢) انظر : المصدرين نفسهما .
(٣) ب : بوقت .

(٤) ب : فان .
(٥) ب : اشهد .
(٦) أ : (انه)، ب : (بأنه) .
(٧) ب : انه .
(٨) ب : بأولى .
(٩) انظر : الفتح ١١/٤٤٢، والروضة ٥/٧٤ .

وأما القسم الثالث(١) — وهو أن لا يكون فيها بيان (٢) لإثبات ولا لإسقاط (٢) : فقد يكون من أحد ثلاثة أوجه :

أحدها : أن لا يكون في واحدة من البينتين تاريخ ·

والثاني : أنّ تُؤَرَّخَ إحداهما (٣) دون الأخرى ·

والثالث : أنّ (٤) تُؤَرَّخ كُلُّ واحدة من البينتين إلى وقت يمكن أن يتقدم فيه أحد العقدين على الآخر، ويمكن أن يقعا مَعًا · مثل أن يقيم كُلٌّ واحد منهما البينة : أنه اشترى في غُرَّةِ المحرم· فخرته يوم كامل ليتسع لتقدم (٥) أحد العقدين على الآخر ، واحتمال أن يكون كل واحد منهما هو السابق ، ويحتمل أن يقع العقدان في حال مَعًا · فلم يكن في البينتين في هذه الأحوال الثلاث (٦) بيان لإثبات الشفعة، ولا لإسقاطها · فوجب أن تلغى (٧) البينتان لعدم البيان فيهما ، (٨) ويرجعا إلى التداعي (٨) والتحالف على ما مضى · (* ويقيم الآخر البينة أنه اشترى في المحرم، وأن صاحبه اشترى في صفر *) ·

و أما القسم الرابع (٩) — وهو أن تتعارض البينتان في الإثبات والإسقاط — : فهو أن يقيم أحدهما البينة : أنه اشترى في المحرم، (١٠) وأنّ (١١) صاحبه اشترى في صفر، أو يقيم الآخر البينة : أنه اشترى (١٠) في أول (١٢) يوم المحرم، وإنّ صاحبه اشترى في ثانيه · ويقيم الآخر البينة : أنه اشترى في ثالث المحرم، وإنّ صاحبه اشترى في رابعه ·

فكل

---

(١) ب : الثاني ·
(٢) ب : الاثبات والاسقاط ·
(٣) ب : أحدهما ·
(٤) ساقطة من ب ·
(٥) ساقطة من ب ·
(٦) ب : الثابت ·
(٧) (تلغى) : من ب ، وفي أ : (تلقى) ·
(٨) ب : (ويرجعان الى الداعي) ·
(*) ما بين النجمتين من ب ، ولم يثبت في أ · وقوله (أو) تصحيح من د / ريان . المناشر
(٩) جاء بعدها في ب : (قد يكون من أحد ثلاثة أوجه · أحدها : أن لا يكون في واحدة) ·
(١٠) ما بين القوسين تكرر في ب ·
(١١) ب : وان ؛ أ : فان . (١٢) (أول) : صححت في ب ·

فكل هذا تعارض ، وإن اختلفا في الأزمنة • لأن كل واحدة من البينتين تشهد بتقدم أحد العقدين على الآخر ، فكان في تعارضهما في هذا الموضع ثلاثة أقاويل (١) :

أحدها : يسقطان / ويتراجعان إلى التداعي والتحالف • (١٧٨/أ-أ)

والقول الثاني : يوقفان إلى أن يظهر فيهما بيان ويمنعان من التحالف حتى يقع بيان •

والقول الثالث : الإقراع بين البينتين ، فأيهما قرعت حكم بها • وفي إحلاف مَن قرعت بينته قولان :

أحدهما : يحلف (٢) إنّ قيل : إنّ القرعة دخلت ترجيحًا للدعوى (٣) •

(٤ والقول الثاني : لا يحلف إنّ قيل : إنّ القرعة دخلت ترجيحًا للبينة • والله أعلم ٤) •

مسألة •

---

(١) قال الرافعي : وفي تعارض البينتين قولان :
أحدهما : أنهما يتساقطان ، فكأنه لا بينة لواحد منهما • (وهو الأظهر على ما ذكره النووي) • والثاني : أنهما تستعملان • وفي كيفيته أقوال :
أحدها : القرعة • فعلى هذا : فمن خرجت قرعته أخذ نصيب الآخر بالشفعة • والثاني : القسمة • ولا فائدة لها هنا ، إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت ، فيكون التنصيف مقيدًا • والثالث : الوقف • وعلى هذا : يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال • وقيل : لا معنى للوقف هنا •

انظر : الفتح ١١/٤٤٢ ، والروضة ٥/٨٣ •

(٢) ساقطة من ب •
(٣) ب : للبينة •
(٤) ما بين القوسين ساقط من ب •
ر : للقولين ، ص ٤٩٣ •

٣٧ـ مسألة

قال المزني رحمه الله (١): (٢ولو أن البائع قال ٢): قد بِعْتُ (٣ من فلان شقصا ٣) (٤) بألف درهم، وأنه قبض الشقص، وأنكر ذلك فلان، وادّعاه الشفيع،/ (١١٠/ب ـ أ) فان الشفيع يدفع الألف إلى البائع، ويأخذ الشقص (٥).

وصورتها في رجل ادّعى بيع شقصه على رجل، فأنكر المشتري الشراء، وحضر الشفيعُ مُصَدِّقًا للبائع ومُطالِبًا بالشفعة (٦). فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون البائعُ مُدَّعِيًا بقاءَ الثمن على المشتري. والضرب الثاني: أن يكون مقرًّا بقبضه.

فان كان مع ادّعاء البيع مُدَّعِيًا بَقاءَ الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة، لأنه مُدَّعٍ على المشتري، ومقرٌّ للشفيع، فيحكم (٧) عليه باقراره (٨). وإن (٩) رُدَّت دعواه ففي (١٠) منعه من محاكمة المشتري وإحلافه على الإنكار وجهان:

أحدهما ـ وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ـ: ليس له إحلافه، لأن قَصْدَه (١١) حُصُولُ الثمن، وقد حصل له، وسواء حصل له من مشترٍ أو شفيعٍ. ولأنه لا يُؤْمَن إن أحلف أن يحكم بفسخ البيع، وفيه إبطال لحق / (١٧٨/أ ـ ب) الشفيع.

والوجه

---

(١) (رحمه الله): من ب.

(٢) ب: (ان البائع لو قال).

(٣) ساقط من ب.

(٤) المختصر: شقصى.

(٥) انظر: المختصر ٨/١٢١.

(٦) ب: للشفعة. (٧) ب: فحكم.

(٨) وما ذكره المؤلف، وهو أصح الوجهين. والوجه الثاني: أن الشفعة لا تثبت للشفيع، لأنه يتملك على المشتري، وهو منكر، فلا يثبت ما يتفرع عليه. ويروى هذا الوجه عن ابن سريج.

انظر: المهذب ١٤/٣٥٢، والفتح ١١/٤٧٤، والروضة ٥/٩٩، ورحمة الأمة، ص ٢٢٦.

(٩) ب: فان. (١٠) أ: (وفي)، ب: (ففي).

(١١) (قصده): غير واضحة في ب.

والوجه الثاني : له إحلافه لاستحقاق اليمين عليه بانكاره، ولِمَا فيه من البغية (١) بوصول الملك إلى مستحقه. ولا تُبْطِلَ يمينُه حَقَّ الشفيع (٢) .

فاذا قضي للشفيع بالشفعة لزمه دفع الثمن إلى البائع ، وتكون عهدة الشفيع هاهنا على البائع دون المشتري ، لأنه لَمّا لم يلزمه (٣) الشراء مع إنكاره لم يلزمه عهدته (٤) .

أ/٣٧ (فصل)

وإنّ كان البائعُ مع ادّعاء البيع مُقِرًّا بقبض الثمن مِن المشتري ، ففي الشفعة وجهان (٥) :

أحدهما ـ وهو قول ابن (٦) سريج (٧) وطائفة (٨) ـ : أنها باطلة ، لأن الشفعة لا تستحق إلاّ بثمن (٩) . وليس واحد من البائع والمشتري مستحقا لقبض الثمن : أما البائع فلإقراره بقبضه ، وأما المشتري فلإنكاره لاستحقاقه .

فعلى هذا : لا مخاصمة بين البائع والمشتري في الثمن . وللشفيع مخاصمة المشتري في الشفعة وإحلافه على إنكار الشراء لِمَا في إنكاره مِن إبطال الشفعة عليه .

والوجه

---

(١) ب : البقية .

(٢) ذكر الشيرازى الوجهين بلا ترجيح . (انظر: المهذب ٣٥٢/١٤) .

(٣) ب : لم يلزم .

(٤) وهو أظهر الوجهين على ما ذكره الرافعي . و قال عنه النووى : وهو الأصح . والثاني : ينصب القاضي أمينًا يقبض الثمن من الشفيع للمشتري ويدفعه إلى البائع ، ويقبض الشقص من يد البائع للمشتري ويدفعه إلى الشفيع .
انظر : الفتح ٤٧٥/١١ ، والروضة ٩٩/٥ .

(٥) ذكر الشيرازى الوجهين بلا ترجيح . (المهذب ٣٥٣/١٤ .)

(٦) ب : بن .

(٧) انظر: الفتح ٤٧٤/١١ .

(٨) منهم: أبو اسحق وابن أبي هريرة على ما ذكره الرافعي في " فتح العزيز" (٤٧٥/١١) .

(٩) ب : بيمين .

والوجه الثاني – وهو قول كثير من أصحابنا – : أن الشفعة واجبة (١)، لأن البائع مقر باستحقاقها من يده، فيحكم بها للشفيع. وفي الثمن وجهان :

أحدهما : يوقف في ذمة الشفيع، لأن البائع لا يستحقه، والمشتري لا يدعيه.

والوجه الثاني : يقبض منه، لأنه لا يجوز أن يملك بالشفعة من غير بدل (٢).

فعلى هذا : إذا قبض منه الثمن ففيه وجهان :

أحدهما : يكون موقوفا / للمشتري في بيت المال. (١١٠/ب – ب)

والوجه الثاني : / يدفع إلى البائع ويسترجع من البائع (١٧٩/أ – أ)

ما أقرَّ بقبضه مِن المشتري، ليكون هو الموقوف للمشتري في بيت المال (٣).

ب/٣٧ (فصل)

وإذا بيع شقص مِن دار، فجاء الشريك فيها مُدَّعِيًا (٤) ملك المبيع منها، ولم يكن له بينة، فحلف مَنْ هي في يده، ثم جاء (٥ يطالب بالشفعة ٥) : فلا شفعة له، لأنه و (٦) إنْ كان صادقًا في الدعوى، فهو على ملكه بغير شفعة؛ وإنْ كان كاذبًا، فهو مُقِرٌّ ببطلان البيع. والله أعلم.

مسألة

---

(١) وهو الأظهر من الوجهين على ما ذكره الرافعي. وقال عنه النووي : وهو الأصح.

انظر : الفتح ٤٧٥/١١، والروضة ٩٩/٥.

(٢) وفيه وجه ثالث على ما ذكره الرافعي، وهو : إجبار المشتري على قبوله أو الإبراء منه.

انظر : المصدرين نفسهما.

(٣) جاء بعدها في ب : (له).

(٤) ب : تدعيا.

(٥) ب : بطلب الشفعة.

(٦) (و) : من ب، ساقطة من أ.

٣٨ ـ مسألة

قال المزني رحمه الله (١) : وإذا كان للشقص ثلاثة شُفَعَاء، فشهد اثنان على تسليم الثالث ؛ فان كانا سَلَّمَا جازت شهادتهما ، لأنهما لا يُجَرَّانِ (٢) إلى أنفسهما نَفْعًا (٣) . وإنْ لم يكونا سَلَّمَا لم تجز (شهادتهما) (٤)، لأنهما يَجُرَّانِ إلى أنفسهما (٥) مَا سَلَّمَهُ صَاحِبُهُمَا (٦) .

و هذا صحيح ، إذا وجبت الشفعة لثلاثة شُفَعاء ، فادّعى (٧) المشتري على أحد الثلاثة أنه عفا عن الشفعة ، نظر :

فان كان حضر الشفيعان الآخران مطالبَيْنِ بالشفعة ، فلا خصومة بين المشتري والشّفيع العافي ، و خصمه في العفو (٨) شريكاه في الشفعة ، لأن المشتري لا يتعلق (٩) له بعفوه حق لرجوعه على (١٠) شريكه .

و إنْ غاب الشفيعان الآخران أو عَفَوَا صار المشتري خَصْمًا للعافي . فان عدم المشتري (١١) بينة تشهد له بعفوه جاز أن يحلفه . وإن كان له بينة سمعت . /وهي شاهدان ، أو شاهد وامرأتان ، (١٧٩/أ ـ ب) أو شاهد ويمين . لأنها بينة تتعلق بمال . فان شهد (١٢) على العافي شريكاه في الشفعة ، نظر فيهما :

فان

---

(١) (رحمه الله) : من ب .
(٢) ب : لم يجران .
(٣) (نفعا) : من أ ؛ ساقطة من ب ، و المختصر .
(٤) (شهادتهما) : زيادة من المختصر .
(٥) جاء بعدها في ب : (و) .
(٦) انظر : المختصر ١٢١/٨ .
(٧) أ : (فادعا) ، ب : (فادعى) .
(٨) جاء بعدها في ب : (و) .
(٩) ب : لا تعلق .
(١٠) ب : عن .
(١١) ب : العافي .
(١٢) ب : شهدت .

فان كانا قد عَفَوا عن شفعتهما جازت (١) شهادتهما لبرائتهما من تهمة وسلامتهما من جَرّ منفعة، و إنْ لم يكونا قد عَفَوا رُدّت شهادتهما لِمَا فيها من اتهامهما بِجَرّ الزيادة إلى أنفسهما . لأن أحد الشفعاء (٢) إذا عَفا تَوَفّرَ حَقّهُ على مَن بقي . فلو عفا الشريكان في الشفعة بعد رَدّ شهادتهما لم يسمع بعد عفوهما ، لأن الشهادة إذا رُدّت لتهمة لم تسمع بعد زوال التهمة (٣) .

مسألة

(١) ب : جاز .

(٢) ب : الشركاء .

(٣) انظر: الروضة ٥ / ١١٣ .

٣٩ـ مسألة

قال المزني رضى الله عنه (١): ولو ادّعى (٢) الشفيع على رجل: أنه اشترى الشقص الذى في يديه من صاحبه الغائب، و (٣) دفع إليه ثمنه، وأقام عدلين بذلك عليه: أخذ شفعته (٤)، ونفذ الحكم بالبيع على صاحبه الغائب / . قال المزني رحمه الله (٥): وهو (٦) (١١١/ب ـ ب) قول الكوفيين . وهو عندى ترك أصلهم (٧) في أن (٨) لا يقضى (٩) على غائب وهذا غائب، فقضي (١٠) عليه: بأنه باع و قبض الثمن و برئ (١١) (منه) (١٢) إليه المشتري. وبذلك أوجبوا الشفعة للشفيع (١٣) .

و قد مضت هذه المسألة (١٤) . وإنما أعادها المزني ليتكلم فيها (١٥) على أهل العراق .

فاذا

---

(١) (رضى الله عنه): من ب .

(٢) أ: (ادعا)؛ ب، المختصر: (ادعى) .

(٣) ساقطة من ب .

(٤) المختصر: بشفعته .

(٥) (رحمه الله): من ب .

(٦) ب: (وهذا)، المختصر: (هذا) .

(٧) المختصر: لأصلهم .

(٨) المختصر: انه .

(٩) أ: (لا يقضا)؛ ب، المختصر: (لا يقضى) .

(١٠) المختصر: قضى .

(١١) المختصر: أبرأ .

(١٢) (منه): زيادة من المختصر .

(١٣) انظر: المختصر ١٢١/٨ .

(١٤) ر: ص ٦٢٨/٣٠ ـ مسألة .

(١٥) ب: بها .

فاذا غاب (١) مالك الشقص تاركًا حقه في يد نائب عنه،فادّعى (٢) الشفيعُ على النائب الحاضر : أنه اشترى حصة (٣) الغائب، وأنكر صاحب اليد الشراءَ : حلف ٣) / ما لم تقم (٤ عليه بينة به٠ فان قامت ٤) (١٨٠/أ ـ أ) عليه بينة به حكم عليه بالشراء ، وعلى الغائب بالبيع ، و (٥) للشريك بالشفعة (٦) (٧) ٠

وهذا قول وافق (٨) عليه أبو حنيفة (٩) و أهل العراق مع إنكارهم القضاءَ على غائب (١٠) ٠

فاعترض عليهم المزني رحمه الله (١١) بأنهم تركوا أصلهم (١٢) و ناقضوا قولهم على غائب ينكرون القضاء عليه (١٣) ٠

فاختلف أصحابنا في صحة ما اعترض به المزني عليهم من مناقضة أصلهم :

فقالت (١٤) طائفة : إنّ اعتراض المزني غير متوجه عليهم، وليس ذلك نقضًا لأصلهم ٠ لأنهم لا يقضون على غائب ما لم يتصل بحاضر يتعلق عليه الحكم ٠ و هذا قضاء على المشتري الحاضر وعلى البائع الغائب فنفذ القضاء

---

(١) (غاب) : من ب ، وفي أ : (كان) ٠
(٢) أ : (فادعا) ، ب : (فادعى) ٠
(٣) ما بين القوسين غير واضح في ب ٠
(٤) ب : (بينة عليه به و ان قام) ٠ (به) : ساقطة من أ ٠
(٥) (و) : من ب ، ساقطة من أ ٠
(٦) ب : الشفعة ٠
(٧) انظر: الفتح ١١/٤٧٣ـ٤٧٤، والروضة ٥/٩٧ـ٩٨ ٠
(٨) ساقطة من ب ٠
(٩) انظر: شرح فتح القدير ٧/٣١٢، والاختيار ٢/٨٧ (كتاب أدب القاضي) ، والفتاوى الهندية ٥/١٧٧ آخر الباب الخامس من كتاب الشفعة ٠
(١٠) انظر: البدائع ٨/٣٩١٧ وما بعدها (كتاب الدعوى) ، ٩/٤٠٩٢ـ٤٠٩٣ (كتاب آداب القاضي) ، وشرح فتح القدير ، والاختيار السابقين ٠
(١١) (رحمه الله) : من ب ٠ (١٢) ب : أصولهم ٠
(١٣) انظر: المختصر ٨/١٢١ ٠ (١٤) ب : و قالت ٠

القضــاء عليه مع غيبتــه (١) لنفوذه على المشــتري بحضوره مع أنّ أبا حنيفة يجعل المشــتري وكيلاً للشفيع في تملك الشقص له من البائع و (٢) هو يرى القضــاء على وكيل الغائب (٣) .

وقالت طائفة أخرى ـ منهم أبو الفياض (٤) ـ : إنّ هذا نقض لأصلهم على ما ذكره المزني في الاعتراض عليهم، لأن دعوى الشفيع للمشــتري عقد البيع، كدعوى (٥) المشــتري، ودعوى المشــتري عندهم (٦) مردودة، لأنها دعوى على غــائب . فاذا ردّوا دعوى المشــتري وامتنعوا (٧) من القضــاء لــه (٧) بالشــراء (٨) على الغائب لزمهم أن يردّوا دعوى الشفيع ويمنعوا مــن (٩) القضــاء له على الغائب . وإنْ أجازوها للشفيع لزمهم (١٠) إجازتهــا للمشــتري . / (١٨٠/أ ـ ب)

ـــــــــــــــــــ مســألة .

(١) (غيبتــه): من ب، وفي أ: (يمينــه) .
(٢) ساقطة من ب .
(٣) انظر: البدائــع ٣٩١٧/٨ وما بعدها (كتاب الدعوى)، ٤٠٩٢/٩ ـ ٤٠٩٣ (كتــاب آداب القــاضي)، وشرح فتح القدير ٣١٢/٧، والاختيار ٨٧/٢ (كتاب أدب القاضي) .
(٤) سبقت ترجمته . (ص ٥١٦) .
(٥) (كدعوى): مكررة في أ؛ ب: (لدعــوى) .
(٦) ب: عنهم .
(٧) ب: له مــن القضــاء .
(٨) ب: بالشــرى .
(٩) ب: على .
(١٠) ب: لــزم .

٤٠ـ مسـألـة (*)

قال المزني رحمه الله(١) : ولو اشترى شقصا، وهو شفيع، فجاء شفيع آخر، فقال له(٢) المشتري : خُذْهَا كُلَّهَا بالثمن أو دع. وقال هو : بل آخذ نصفها، كان ذلك له. لأنه مثله / ، وليس له أن يلزم (١١١/ب ـ ب) شفعته(٣) (له)غيره(٤) .

وهذا كما قال : إذا كان للشقص شفيعان، فاشتراه أحدهما، وحضر الآخر مطالبًا لشفعته، فله أخذ نصف الشقص من شريكه المشتري في شفعته(٥) .

وقال أبوحنيفة : شفعة المشتري باطلة فيما اشتراه، ولا تثبت له شفعة على نفسه، ولشريكه أخذ جميع الشقص من يده، وليس له تبعيض الشفعة(٦) عليه بأخذ النصف منه(٧) .

وحكاه

(*) ب : فصل .

(١) (رحمه الله) : من ب .

(٢) ساقطة من ب .

(٣) أ : (شفعة) ؛ ب، المختصر : (شفعته) .

(٤) (له) : زيادة من المختصر .

انظر : المختصر ٨/١٢١ .

(٥) وما قاله المؤلف أصح الوجهين على ما ذكره النووي، حيث قال : " إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة، بأن كانت بين ثلاثة أثلاثا، فباع أحدهم نصيبه لأحد صاحبيه، فالأصح أن المشتري والشريك الآخر يشتركان في أخذ الشقص، لاستوائهما في الشركة. وقيل : الشريك الثالث يختص بالشفعة. فعلى هذا : إن شاء أخذ جميع الشقص، وإنْ شاء تركه " . (الروضة ٥/٧٩ ـ ٨٠، وانظر : المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٣٠٠، ونهاية المحتاج ٥/٢٠١) .

(٦) ب : الصفقة .

(٧) وما نسبه المؤلف إلى أبي حنيفة صحيح، إذا اشترى الشفيع من المشتري الأجنبي، لأن شراءه دليل على إعراضه عن الشفعة، ولذلك يسقط عنه حق الشفعة. فصورته ـ كما جاءت في " درر الحكام شرح مجلة الأحكام " (٢/٢٧٦ تحت المادة ١٠٤٣) : " لو كان لعقارٍ شفيعان، أحدهما حاضر والآخر غائب. واشترى الشفيع الحاضر ذلك العقار من المشتري وجاء الشفيع الآخر، فله أخذ العقار كله إنّ شاء بالبيع الأول، وإنْ شاء بالبيع الثاني " .

أما لو كان المشتري شريكاً في نفس المبيع، وللمبيع شريك آخر =

وحكاه أبو حامد الإسفرايني عن أبي العباس بن سريج . و وجدت أبا العباس بن سريج قائلاً بخلافه وموافقًا لأصحابه .

ودليل أبي حنيفة : أنَّ عقد البيع يتم ببائعٍ ومشترٍ(١) ، فلمّا لم يجب للبائع شفعة فيما باع ، لم يجب للمشتري شفعة فيما اشترى .

وتحريره قياسًا : أنه أحد المتبايعين ، فسقطت شفعته فيما ملك عقده كالبيع .

قال : ولأنّ الإنسان لا يثبت له على نفسه حق ، ألا ترى : أن جناية السيد على عبده هدر(٢) . لأنها مأخوذة منه ، فلم يجز أن تثبت للمشتري شفعة على نفسه ، وتثبت الشفعة عليه لغيره (٣) .

و دليلنا

= فلهما الشفعة . وبيان ذلك فيما يلي كما صوره ابن عابدين :

" ... لو كانت دار مشتركة بين ثلاثة . فباع أحدهم حصته منها من أحد شريكيه . فاشتراها منه لنفسه بالأصالة أو لغيره بالوكالة . فطلب الشريك الثالث الشفعة : تقسم بينه وبين ذلك الشريك المشتري لنفسه أو لغيره ... فهي بينهما نصفان ، لأنهما شفيعان ... وعلى هذا : لو جاء ثالث ، قسمت أثلاثًا ، أو رابع فأربعًا " . (العقود الدرية ١٦٦/٢) .

وبهذا تبين أن ما نسبه المؤلف إلى أبي حنيفة رحمه الله خلاف ما ثبت في كتب الحنفية .

انظر : تبيين الحقائق وحاشية شهاب الدين عليه ٢٥٨/٥ ، وحاشية ابن عابدين ٢٤٢/٦ ، والفتاوى الهندية ٢٧٨/٥ في الباب السادس ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٧٦/٢ تحت المادة (١٠٤٣) ، و ٦٧٥/٢-٦٧٨ تحت المادة (١٠٠٨) ، و ٦٩٩/٢ تحت المادة (١٠٢٤) .

---

(١) ب : مشترى .

(٢) انظر : الاختيار ٢٧/٥ ، كتاب الجنايات .

(٣) التفاصيل التي ذكرها المؤلف ضمن أدلة أبي حنيفة رحمه الله ، لم أقف عليها فيما اطلعت عليه في مظانه من كتب الحنفية . وإنما قالوا في هذا المجال كما سبق ذكره في ص٦٥٦ ، رقم الهامش ٧ .

ودليلنـــا : رواية أبي الزبير (١) عن جابر (٢) قال: قال رســول الله صلى الله عليه وسلم : " الشفعةُ في كُلّ / شِـرْكٍ : رَبْعَةٍ أَوْغيرِه (٣) ، (١٨١/أ ـ أ) لَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَعْرِضَــهُ عَلَى شَــرِيكِهِ ؛ فَإِنْ شَــاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَــاءَ تَرَكَ ؛ فَإِنْ بَاعَ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يُؤْذِنَــهُ " (٤) .

فجعل أخذَ الشريك بالشــراء صحيحًا . ولو بطلت (٥) شــفعته بالشراء لَكَان غــرورًا ، ويخرج الأمــر عن أن يكون مفيدًا . ولأنه لَمّا جاز للشــريك أن يملك المبيع بالخلطة (٦) دون الشــراء ، فأولى أن يملكه بالخلطة والشراء ، لأنهما أقوى سـببًا وأثبت تمليكًا . ولأن الشريك قد يملك بالشــراء تارة ، وبالشــفعة أخرى . فَلَمّا كان لو ملك كُلَّ الشقص بالشفعة لم يكن لشــريكه فيها إبطال حقه منها وجب إذا ملك باشــراء أن لا يســتحق الشــريك إبطال حقه منهـــا .

وتحريره قياســًا : أَنَّ كُلَّ مَن ملك الشفعة لم تملك عليه الشفعة (٧) كما لو ملك بالشــفعة .

فأما الجواب عن قياســه على البائع : فهو أن البائع تارك ، والتارك لا شــفعة له ؛ والمشــتري طالب ، والطالب له الشــفعة .

وأما الجواب عن قوله : " إنّ الإنســان لا يثبت له (٨ على نفســه حق ٨) " : فهو أنه لم يملك بالشــراء الشــفعة / على نفســه ؛ وإنّما أسقط (١١٢/ب ـ أ) بالشــراء الشفعة عن نفســه ، كما أنه لو ملك الولاء الذى عليه أســـقـط بــه (٩) الولاء عن نفســه ولم يملك به ولا نفســه .

فصـــل

---

(١) سـبقت ترجمته . (ص ٤٠٩) .
(٢) سبقت ترجمته . (ص ٣٩٢) .
(٣) ب : عشره .
(٤) تقدم تخريج الحديث مع شرح غريبه . (ر: ص٤٧٢/د/٣ (فصل) ، رقم الهامش ٣) .
(٥) ب : بطل .
(٦) ب : بالخلط .
(٧) ساقطة من ب .
(٨) ب : حق على نفســه .
(٩) (بــه) : مــن ب ، ساقطة من أ .

أ/٤٠ (فصـــل)

فاذا ثبت أن شريك المشتري في الشفعة لا يستحق إلّا النصف بالشفعة ، فله حالتان : / حالة عفو، وحالة طلب (١) ، فان (١٨١/أ-ب) عفا استقرّ (٢) ملك الشقص كله للمشتري بالشراء وَحْدَه دُونَ الشفعة ، وإنْ طلب ، نظر :

فانْ طلب الْكُلَّ لم يملك إلّا النصف ، وإنْ طلب النصف وبذل له المشتري الْكُلَّ لم يلزمه إلّا أخذ النصف ، كما لو أخذ أحدُ الشفيعين الكل بحضوره ، ثم قدم الغائب فبذل له الحاضر الكل لم يلزمه إلّا أخذ النصف(٣) . وليس له أنْ يُلْزِمَ شُفْعَتَهُ (٤) غَيْرَهُ ، وخالف (٥) عفو أحد الشفيعين عن حقه في وجوب أخذ الباقي منهما للكُلّ (٦) أو تركه . لأن العافي لم يملك بشفعته (٧) ما يملكه (٨) غيره ، والآخذ (٩) قد ملك بشفعته (١٠) ما ملكه (١١) غيره (٩) .

فان قيل : فهذا تفريق لصفقته . قيل : إنّما هو تفريق لها بالشفعة دون البيع ، وليس ذلك بممتنع كالشفيعين .

فصـــل

---

(١) ب : طلبه .
(٢) أ : (لمستقر)، ب : (استقر) .
(٣) انظر: الروضة ١٠٣/٥ .
(٤) ب : شقصه .
(٥) ب : يخالف .
(٦) ب : الملك .
(٧) ب : لشفعته .
(٨) أ : ما يملك .
(٩) ب : (بشفعته قد ملك ما ملكه غيره) .
(١٠) أ : لشفعة .
(١١) أ : ملك .

ب/٤٠(فصـــــل)

وإذا كان للشقص ثلاثة شُفَعَاء ، فاشـــتراه (١) اثنان منهم ، ثم غاب أحد المشـــتريَـيْنِ ، و حضر الشفيع الذى لم يشـــتر ، فطالب (٢) الحاضـــر من المشـــتريـــين بالشفعة ، فله أن يأخذ من النصف الذى اشـــتراه نصفه ، وهو الربـــع ، لأنهما شـــفيعان حَضَرا من جملة ثلاثة (٣) غـــاب أحدهم.

فاذا حضر الغائب من المشـــتريـــين (٤) لم يخل حاله وحال المشـــتري الأول الذى كان حاضرًا من أربعة أحوال :

أحدها : أن يَعْفُوَ كُلُّ واحدٍ منهما عن شفعة صاحبه ، فيســـتحق الشفيع الذى لم يشـــتر بعد أخذه من الأول نصف ما اشـــتراه ، وهو الربع / (١٨٢/أ ـ أ) و (٥) أن يأخذ من المشـــتري الثاني نصف ما اشـــتراه أيضًا. وهو الربـــع ، فيصير معه نصف الشقص بالشـــفعتـــين . ويبقى على (٦) كل (٧) واحدٍ من المشـــتريَـيْن الربـــع بالشـــراء وحده .

والحال الثانية : أن يطالب كُلُّ واحد من المشـــتريـــين (٨) لصاحبـــه بالشـــفعة ، فيكون للمشـــتري الثاني أن يأخذ من المشـــتري الأول ثلـــث ما بيده من الربـــع الباقي . وهو نصف السُّدُس . / لأنه أحد (١١٢/ب ـ ب) ثلاثـــة . (٩) ويأخذ من الشـــفيع أيضًا ثلث ما بيده من الربع المأخـــوذ بالشـــفعة

---

(١) ب : فاشـــترى .
(٢) ب : طالب .
(٣) ب : ثلث .
(٤) جاء بعدها فـــي أ : (بالشفعة فله أن يأخذ) ، و أشير الى أنها مشـــطوبة .
(٥) ساقطة من ب .
(٦) ساقطة من ب .
(٧) ب : لكل .
(٨) جاء بعدها فـــي أ : (الربح بالشـــراء) ، وأشير الى أنها مشطوبة .
(٩) ما بين القوسين من ب ، ولم يثبت في أ .

بالشفعة . وهو نصف السدس ، لأنه أحد ثلاثة ٩) . ثم للمشتري الأول وللشفيع أن يأخذ كل واحد منهما من المشتري الثاني ثلث النصف بالشراء . وهو السدس . وقد أخذ السدس بالشفعة ، فيصير معه الثلث، ويبقى مع المشتري الأول السدس بالشراء . وقد أخذ السدس بالشفعة ، فيصير معه الثلث . ويصير مع الشفيع الذى لم يشتر السدسان . و هو الثلث بالشفعتين ، فيصير الشقص بينهم (١) أثلاثاً .

(٢ والحال الثالثة ٢) : أن يعفو الأول دون الثاني ، فيكون للثاني أن يأخذ من الأول ثلث (٣) الربع الباقي بيده ، وهو نصف السدس ، ويأخذ من الشفيع ثلث ما صار إليه من الربع المأخوذ بالشفعة ، وهو نصف السدس . ثم يأخذ الشفيع من الثاني نصف النصف الذى اشتراه . و هو الربع ، فيصير مع الشفيع ربع و سدس مأخوذ بالشفعتين ويصير مع المشتري الثاني ربع وسدس بالشراء والشفعة . فالربع مملوك بالشراء ، والسدس مأخوذ بالشفعة . ويبقى مع المشتري الأول السدس / بالشراء وحده . (١٨٢/أ ـ ب)

(٤ و الحال الرابعة ٤) : أن يعفو الثاني دون الأول . فيكون للأول أن يأخذ من الثاني ثلث النصف الذى اشتراه . وهو السدس ، و يأخذ

---

(١) (بينهم) : من ب ، و في أ : (بينهما) .
(٢) ب : (فصل) . قد كتب بعد قوله : (فصل) على الهامش : (والحال الثالثة) . وذلك بخط يختلف عن خط الناسخ .
(٣) جاء بعدها في ب : (و) .
(٤) ب : (فصل) . قد كتب بعد قوله : (فصل) على الهامش : (والحال الرابعة) . وذلك بخط يختلف عن خط الناسخ .

ويأخذ الشفيع مثل ذلك ، فيبقى مع المشتري الثاني السدس بالشراء وحده • و يصير مع المشتري الأول ربح و سدس بالشراء والشفعة • فالربع مملوك بالشراء ، والسدس مأخوذ بالشفعة • ويصير مع الشفيع ربح و سدس بالشفعتين •

فلو عفا الثاني عن الأول ، وعفا الشفيع عن الثاني ، أخذ الأول من الثاني (١) نصف النصف الذى اشتراه • وهو الربح ، فيبقى مع الثاني (١) الربح بالشراء وحده • ويصير مع الأول النصف بالشراء والشفعة على سواء (٢) • ويصير مع الشفيع الربح وحده بالشفعة الأولى (٣) • والله ولي التوفيق (٤) •

مسألة

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب •

(٢) (سواء) : من ب ، وفي أ : (شراء) •

(٣) أ ، ب : (الأولة) •

(٤) قوله (والله ولي التوفيق) : لم يثبت في ب •

٤١ـ مسألة

قال المزني رحمه الله (١) ولو شجّه مُوضِحة عمدًا ، فصالحه منها (٢) على شقصٍ، و هما يعلمان أرش الموضحة ؛ كان للشفيع أخذه بالأرش (٣) .

و هذا صحيح إذا شَجَّ رجل رجلاً موضحة ، فصالحه منها على شقص من دار . فهذا / على ضربين : (١١٣/ب ـ أ)

أحدهما : أن (٤) لا يجب فيها قود : إما لأنها خطأ محض، و إما لأنها خطأ شبه العمد ، وإما لأنها عمد مِمّا لا يجرى عليه قود كالوالد على ولده (٥) ، أو الحر (٦) على عبده (٧) . فالواجب في الموضحة في هذه الأحوال كلها الدية (٨) . ولا يخلو حالهما مِن أن يعلما قدر الدية أو يجهلاه .

فان جهلاه كان الصلح باطلاً ، لأن جهالة البدل تقتضي / (١٨٣/أ ـ أ) فساد العقد ، ولا شفعة مع بطلان الصلح .

و إنّ علماه ، نظر :

فان قُدِّرَت ورقًا أو ذهبًا ، نظر : فان جهلا تخفيفَها في الخطأ أو (٩) تغليظَها في شبه العمد بطل الصلح والشفعة . وإنّ علما تخفيفّها في الخطأ بالاقتصار على ديتها ـ وهو ستمائة درهم لا يزاد عليها وخمسون دينارًا من الذهب لا يزاد عليها ـ أو علما تغليظَها في شبه العمد بزيادة الثلث

---

(١) (رحمه الله) : من ب .
(٢) أ : (فيها) ؛ ب ، المختصر : (منها) .
(٣) انظر : المختصر ١٢١/٨ .
(٤) ب : انه .
(٥) ب : ولد .
(٦) أ : (حر) ، ب : (الحر) .
(٧) ب : عبد .
(٨) انظر : الروضة ٨٧/٥ .
(٩) ب : (و) .

الثلث في الورق والذهب صح الصلح، و وجبت الشفعة في الشقص المأخوذ (١) بدية الموضحة من الدراهم، إنْ قُدِّرَت بها تخفيفًا، أو تغليظًا؛ أو من الدنانير إنْ قُدِّرت بها (٢) تخفيفًا، أو (٣) تغليظًا .

و إنّ كانت الدية مُقَدَّرَةً (٤) إبلًا — وهي خمس من الإبل — : أخماس في تخفيف الخطأ، أو أثلاث في تغليظ شبه العمد، نظر :

فان جهلا قدرها، أو عَلِما القدر و جهلا وصفها، أو عَلِما القدر والصفة وجهلا جنسها — لأنها مستحقة (٥) من جنس إبل (٦) الجاني و عاقلته — فالصلح والشفعة باطلان .

و إنّ علما القدر والصفة والجنس، ففي صحة الصلح وجهان:

أحدهما: أنّ الصلح باطل ولا شفعة فيه، لأنها غير موصوفة الألوان، ولا مضبوطة في السمن والهزال، فلم يجز أن يكون بَدَلًا في عقد .

والوجه الثاني: أنّ الصلح جائز والشفعة فيه واجبة لثبوتها في الذمة على صفة (٧) يستحق بها ويأخذه الشفيع بقيمتها في أقل أوصافها التي توجب قبولها، فلا يقوم سمانها وخيارها، لأن الجاني لا يجبر على بذلها ولا يقوم مهازيلها (٨) ومعيبها، لأن / المجنى عليه لا يجبر (١٨٣ /أ — ب) على قبولها .

و الضرب

(١) جاء بعدها في ب : (به) .
(٢) (بها): من ب، وفي أ : (بما) .
(٣) ب : (و) .
(٤) ساقطة من ب .
(٥) ب : مستحق .
(٦) ب : ابلي .
(٧) (صفة) : غير واضحة في ب .
(٨) ب : مهرزيلها .

و الضـــرب الثاني ــ في الأصل ــ(١) : أن تكون الموضحة موجبة للقود في العمد المحض : فيصالحه من القود على شقص • فانْ قيل : إنّ جناية العمد توجب أحد الأمرين من قود أو عقل ، فالكلام فيه على ما مضى مـــن عِلْمِهما (٢) بقدر الدية ، / أو جَهْلِهما (٣) بــه • وإنْ قيل : إنّ جنـايـة العمد توجب القود وحده صَحّ الصلح فيه (*) على الشقص المأخوذ (٤) عنه مع العلم (٥) بقدر الدية والجهل به • لأنه مأخوذ عن القود المعلوم (٦) الذى يصح أخذ البدل عنه • ثم للشفيع حينئذ أن يأخذه ببدل القــود مـــن الديـــة •

فان اختلفا في جنس الديـــة : عَيَّنَـــهُ الحاكم باجتهاده في أخذ أجناسها مُغَلَّظَةً في العمد (٧) •

أ / ١ / ٤١ (فـصــــــل)

(٨ فأما إذا ٨) حضر رجل مُغْتَنِمًا (٩) ، فأعطاه الإمام (١٠ لحضوره شـــقصًـــا ١٠) مِن دارٍ ، وطالبه (١١) الشفيع بالشفعة ، لم يَخْلُ حاضـــر المَغْنَم (١٢) مِن أن يكون قد أخذه بِرَضْخٍ (١٣) أو سَـهْـمٍ :

فان

---

(١) ب : الاجل • (راجع في الأصل الى ص ٦٦٣ / ١ / ٤١ ــ مســألة) •

(٢) ب : علمها •

(٣) ب : جهلها •

(*) ب : مـنـه •

(٤) ب : مأخوذ •

(٥) ب : عــدم •

(٦) ب : المصالح •

(٧) جاء بعدها في ب : (والله أعلم) •

(٨) ب : فاذا •

(٩) ب : مقيمــا •

(١٠) ب : شـــقصــا لحضوره •

(١١) ب : طلبــه •

(١٢) ب : المقيــم •

(١٣) قوله (رضخ) : أى عطية قليلة • (المصباح ١ / ٢٢٨ مادة " رضخ ") •

فان كان قد أخذه رَضْخاً، فلا شفعة فيه، لأن الرضخ عليه (١) تَبَرُّع كالهبات . و إنّ أخذه بسهم مستحق ،ففي ثبوت الشفعة فيه وجهان :

أحدهما : لا شفعة فيه، لأن الغنائم مستفادة بغير(٢) بدل ، فشابهت إحياء الموات .

والوجه الثاني : أنّ الشفعة فيه ثابتة ، لأنه قد اعتاضه بَدَلاً (٣) عن حضورٍ ، وعَمَلٍ؛ فأشبه العِوَضَ (٤) في الإجارات . فعلى هذا : يأخذه الشفيع بقدر سهمه من المغنم .

مسألة

---

(١) ب : بحضوره .

(٢) ب : من غير .

(٣) (بدلا) : من ب ، ساقطة من أ .

(٤) ساقطة من ب .

٤٢ـ مسألة

قال المزني رحمه الله(١) و لو اشترى / ذمي (١٨٤/أ ـ أ) من ذمي شِقْصًا بخمرٍ أو خنزيرٍ، فتقابضا (٢). ثم قام الشفيع و كان نصرانيًا (٣) ، فأسلم أو (٤) لم يزل مسلمًا فسواء ؛ و (٥) لا شفعة في قياس قوله، لأن الخمر والخنزير لا قيمة لهما (٦) (عنده) (٧) بحال (٨).

و إذا (٩) تبايع الذميان شقصًا بخمر أو خنزير، و تقابضا (١٠)، فلا شفعة فيه (١١) لمسلمٍ و لا ذمي (١٢).

وقال أبو حنيفة : الشفعة (١٣) فيه واجبة (١٣) للمسلم بقيمة الخمر، والذمي بمثله (١٤) بناءً على أصله في أَنَّ للخمر ثَمَنًا

في

---

(١) (رحمه الله) : من ب.
(٢) المختصر : و تقابضا.
(٣) جاء بعدها في ب : (أو نصرانيا)، و في المختصر: (أو نصرانية).
(٤) المختصر : (و).
(٥) ساقطة من المختصر.
(٦) ب : لها.
(٧) (عنده): زيادة من المختصر.
(٨) انظر : المختصر ١٢١/٨.
(٩) أ : (اذا)، ب : (واذا).
(١٠) ب : تقابضاه.
(١١) ب : له.
(١٢) انظر : الفتح ٤٠٠/١١، والروضة ٧٣/٥.
واليه ذهب الحنابلة.
انظر : المغني ٢٨٩/٥/٤٠٤٧، والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ٥٤٥/٥، وكشاف القناع ٤/ ١٣٧، ١٦٤.
(١٣) ب : واجبة فيه.
(١٤) ب : مثله.

في حق الذمي ، وغُرْمًا في استهلاكه عليه بالغصب (١) ٠

ودليلنا : ما قدمناه من الكلام عليه في كتاب الغصب (٢) من تحريم ثمنه وسقوط غرمه في حق الذمي والمسلم على سواء (٣) ٠ ولأن كُلّ بيعٍ لو عقده مسلم سقطت فيه الشفعة، وجب ـ إذا عقده ذمي ـ أن يسقط فيه الشفعة، كما لو عقده بميتة أو دم (٤) ٠ ولأن كُلّ مَن سقطت الشفعة في عقده بالميتة والدم ، سقطت الشفعة في عقده بالخنزير والخمر كالمسلم (٥) ٠

مسألة

---

(١) انظر : مختصر الطحاوى، ص ١٢٤ ،والمبسوط ١٤ /١٤٨ـ ١٤٩، ١٦٨ ، والبدائع ٦ /٢٧٠٨ ، والاختيار ٢ /٤٦، وتبيين الحقائق ٥ /٢٤٩ـ٢٥٠، وحاشية ابن عابدين ٦ /٢٣١ـ٢٣٢؛ و ر : ج١، ص ٣٨٩ /٣٢ـ مسألة من هذه الرسالة ٠

(٢) قوله (بالغصب) : غير واضح في ب ٠

(٣) ر : ج١ ، ص ٣٩١ وما بعدها /٣٢ـ مسألة ٠

(٤) ولأنه نجس العين، فلا يصح بيعه ٠ (انظر : الروضة ٣ /٣٤٨ ، كتاب البيع) ٠

(٥) جاء بعدها في ب : (والله أعلم) ٠

٤٣ـ مسألة

قال المزني رحمه الله (١) : والمسلم والذمي في الشفعة سواء (٢) .

وهذا صحيح لاختلاف بين الفقهاء: أن الشفعة تجب للمسلم على الذمي كوجوبها / (٣) له على المسلم، وتجب للذمي على الذمي كوجوبها للمسلم (١١٤/بـ أ) على المسلم (*) .

واختلفوا في وجوبها للذمي على المسلم :

فذهب الشافعي (٤) ، وأبوحنيفة (٥) ، ومالك (٦) ، وجمهور الفقهاء (٧) إلى وجوب الشفعة للذمي على المسلم كوجوبها للمسلم على المسلم . / (١٨٤/أـ ب)

وحكي عن الحسن البصري (٨) ، وعامر الشعبي (٩) و عثمان

---

(١) (رحمه الله) : من ب .
(٢) انظر: المختصر ١٢١/٨ .
(٣) ب : لوجوبها .
(*) وهو متفق عليه بين الفقهاء. قال ابن قدامة: " ... ولأنهما (يعني : الذميين) تساويا في الدين والحرمة، فتثبت لأحدهما على الآخر، كالمسلم على المسلم، ولا نعلم في هذا خلافا " . (المغني ٥/٢٨٨/٤٠٤٧) . (وانظر أيضًا : البحر الزخار ٥/٥) .

(٤) انظر: الوجيز وشرحه فتح العزيز ٣٩٢/١١ ، ٤٠٠، والروضة ٧٢/٥ـ ٧٣ ، ومغني المحتاج ٢٩٨/٢ ، ورحمة الأمة ، ص ٢٢٦ .

(٥) انظر: المبسوط ٩٣/١٤، والبدائع ٢٧٠٨/٦ ، والاختيار ٤٣/٢ ، ومجمع الأنهر ٤٨٢/٢ .

(٦) انظر : المدونة ٣٩٩/٥، والخرشي ١٦٢/٦ .

(٧) وبه قال الظاهرية . (انظر: المحلى ١٥٩٨/٩٤/٩) .
(٨) انظر: المغني ٥/٢٨٨/٤٠٤٦، والبحر الزخار ٥/٥ . (سبقت ترجمة الحسن البصري ج ١ ، ص ٣١) .
(٩) انظر : المغني نفسه، والمحلى السابقة، والبحرالزخار نفسه .

هو عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي الحميرى ، أبو عمرو الكوفي ،القاضي ، من شعب همدان . من التابعين ، ثقة ، يحتج بحديثه ، يضرب المثل بحفظه . =

وعثمان البتي (١)، والحارث (٢) العكلي (٣)؛ أنهم (٤) قالوا :
لا شفعة للذمي على المسلم . وبه قال أحمد بن حنبل (٥) .

استدلالا

= واختلف في عمره، واسم أبيه، وتاريخ وفاته. قيل : توفي سنة (١٠٣ هـ)، وقيل : (١٠٤ هـ)، وقيل غير ذلك. وحديثه في الصحاح الستة .
انظر ترجمته في (حلية الأولياء ٤/٣١٠-٢٧٦، وتاريخ بغداد ١٢/٢٢٧/ ٦٦٨٠، وصفة الصفوة ٣/٧٥، ووفيات الأعيان ٣/١٢/٣١٧، وتذكرة الحفاظ ١/٧٩/٧٦، والنجوم الزاهرة ١/٢٥٣، وشذرات الذهب ١/١٢٦) .

---

(١) ولم أقف على قوله هذا، وإنما قال : لا شفعة للغائب إلا القريب الغائب . (انظر : المحلى ٩/٩٤/١٥٩٨، ومعجم فقه السلف للشيخ محمد المنتصر الكتاني، ٦/١٢٣) .
هو ابن مسلم، أبو عمرو، البصري، ثقة، إمام. وقيل : اسم أبيه أَسْلَمَ. وقيل : سليمان. روى عن أنس بن مالك، والشعبي، وغيرهما؛ وعنه شعبة، ويزيد بن زُرَيع، وابن عُلَيَّة، وخلق . وضُعِّف . وهو كوفي، استوطن البصرة. توفي سنة (١٤٣ هـ) على ما ذكره ابن حجر في ("التهذيب" . والبتي : نسبة إلى البُتُوت (هي أكسية غليظة كان يبيعها) .
انظر ترجمته في (ميزان الاعتدال ٣/٥٩-٦٠/٥٥٨٠، والكاشف ٢/٢٥٦/٣٧٩١، وتهذيب التهذيب ٧/١٥٣-١٥٤/٣٠٣) .

(٢) أ، ب : الحرث .
(٣) ولم أقف على قوله هذا، وإنما قال : لا شفعة للغائب إلا القريب الغائب . (انظر : المحلى نفسها، ومعجم فقه السلف نفسه) .
هو الحارث بن يزيد العكلي، الفقيه، روى عن الشعبي، والنخعي، وعمارة بن القعقاع، وهو من أقرانه؛ وعنه مغيرة، وابن شبرمة، وعمارة بن القعقاع أيضا، وابن عجلان . كان ثقة فقيها ... مات شابا . ولم أقف على تاريخ وفاته فيما اطلعت عليه من المصادر .
انظر ترجمته في (الكاشف ١/١٩٨/٨٩٢، وتهذيب التهذيب ٢/ ١٦٣-١٦٤/٢٨٧) .

(٤) ب : أنهما .
(٥) وهو المذهب عند الحنابلة .
انظر : الإفصاح ٢/٣٧، والمغني ٥/٢٨٨/٤٠٤٦، والكافي لابن قدامة المقدسي ٢/٤٣٥، والروض المربع ٢/٢٢٨، وكشاف القناع ٤/١٦٤، وشرح منتهى الارادات ٢/٤٤٨ .

استدلالاً بقوله تعالى : ((وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ (١) عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً)) (٢) .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : (" لا شُفْعَةَ لِذِمّيٍّ (٣) عَلَى مُسْلِمٍ " (٤) .

ولأنه لّما منعت دار الإسلام من إحياء الذمي للموات ، فأولى أن يمنع الإسلام من شفعة الذمي في الأملاك .

و دليلنا

---

(١) أ ، ب : للكافرين .

(٢) الآية جزء من الآية (١٤١) من سورة النساء .

قوله (سبيلا) : أى حجة . وذاك يوم القيامة . كما قال بعض المفسرين ، وقال آخرون منهم : ((ولن يجعل الله للكفرين على المؤمنين سبيلا)) : أى في الدنيا ، بأن يسلطوا عليهم استيلاء استئصال بالكلية ، وإنْ حصل لهم ظفر في بعض الأحيان على بعض الناس ، فان العاقبة للمتقين في الدنيا والآخرة .

انظر تفصيل الكلام على تفسير الآية في (تفسير الطبرى ٣٣٣/٥ ــ ٣٣٤ ، و النكت والعيون ١ / ٤٣٠ ، و تفسير القرطبي ٤١٩/٥ وما بعدها) .

(٣) ب : للذمي .

(٤) لم أقف على من خرج هذا الحديث باللفظ الذى ساقه المؤلف؛ وإنما أخرجه ابن عدى ، والبيهقي ، والخطيب البغدادى من طريق نائل بن نجيح عن سفيان ، عن حميد ، عن أنس رضى الله عنه بلفظ : " لا شفعة للنصراني " . و أخرجه ابن أبي شيبة ، كما أخرجه البيهقي والخطيب من طريق آخر عن سفيان ، عن حميد الطويل ، عن الحسن بلفظ : " ليس لليهودى والنصراني شفعة . وأخرجه عبد الرزاق بهذا السند ــ ولكنه شك في أنه عن الحسن أو أنس ــ بلفظ : " لا شفعة للكافر " .

قال ابن عدى : " أحاديث نائل مظلمة جداً ، وخاصة إذا روى عن الثورى " . وقال الهيثمي : " رواه الطبراني في الصغير وفيه نائل بن نجيح : وثقه أبو حاتم وضعّفه غيره " .

انظر : مصنف عبد الرزاق ٨ /٨٤/ ١١ ١٤٤ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٧ /١٦٩/ ٢٧٧٥ ، والكامل لابن عدى ٦ /٢٥٢٠ ، والسنن الكبرى ٦ /١٠٨ــ١٠٩ ، وتاريخ بغداد ١٣ /٤٣٥/ ٧٣٠٦ ، ومجمع الزوائد ٤ /١٥٩ ، وانظر أيضا : ارواء الخليل ٥ /٣٧٤/ ١٥٣٣) .

ودليلنا : عموم قوله صلى الله عليه وسلم: " الشفعة فيما لم يقسم " (١) .

ولأن ما جاز أن يملك به المسلم من المعاوضات جاز أن يملك به الذمي كالبياعات . ولأن من ملك بالبيع ملك بالشفعة كالمسلم. ولأن الحقوق الموضوعة لرفع الضرر في العقود يستوى فيها المسلم والذمي كالرد بالعيب (٢). ولأن ما تعلق بالشرك من إزالة الملك استوى فيه المسلم والذمي ، قياسًا على عتق الذمي شِرْكًا له في عبد .

فأما الجواب عن قوله تعالى : ـ ((وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ (٣) عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)) ـ : فهو أنّ هذا سبيل على مال المسلم، لا على المسلم .

وأما الجواب عن روايتهم: ـ " لا شفعة لذمي على مسلم " مع وهائه ـ : فهو ، أنه يحمل عليه إذا قال بعد إمساكه عن الطلب : لم أعلم (٤) بها لكم (٤) شرعًا ، وليست في ديننا شرعًا ؛ فلا شفعة له، ويحتمل أن لا يشفع في الأمان .

وأما قياسهم على إحياء الموات ، فالمعنى فيه: أنه تفويت منفعة على المسلمين بغير بدل ، فمنع ؛ / والشفعة مأخوذة ببدل فمكن (٥) . (١٨٥/أ ـ أ) والله أعلم .

فصل

---

(١) سبق تخريجه . (ص ٤٠٨) .

(٢) انظر : المهذب ١٤/ ٣١٠ .

(٣) أ ، ب : للكافرين .

(٤) ب : لكم بها .

(٥) ب : (فمكن) ، أ : (ممكن) .

أ/٤٣ (فصــــل)

حكي عن الشعبي (١) أنه قال: " لا شفعة لبدوى على حضرى " .

وحكــي عن النخعي أنه قال: " لا شفعة لغائب على حاضــر " (٢) .

وفيمــا مضــى دليل مقنــع (٣) .

و قال أبوحنيفة : لا شــفعة في دور مكة، بناء على أصله في تحريم بيعـها (٤) .

وعنــد

---

(١) هو عــامر الشعبي القائل بأنه " لا شفعة لذمي على مسـلم " كما سبق. أما قوله " لا شفعة لبدوى ... " : فأخرجه عبد الرزاق وابن أبــي شيبة وابن حزم . واللفظ عند ابن أبي شيبة: " لا شفعة لأعرابي ولا مشــرك " .
و في رواية: " ليس لأعرابي ولا لمن لا يسـكن المصر " (يعنــي الشفعة) .
و ذكر ابن حزم عن الشعبي أنه قال: " لا شفعة لمن لا يسكن المصر ولا لذمي " .

انظر: مصنف عبد الرزاق ٨ / ٨٥ / ١٤٤١٤، ومصنف ابن أبي شيبــة ٧ / ١٦٩ / ٢٧٧٣_٢٧٧٤، ٢٧٨٣، و المحلى ٩/ ٩٤ / ١٥٩٨، وشرح صحيح مسلم للنووى ١١ / ٤٦، وفتح البارى ٩ / ٣١٤، والمغني ٥ / ٢٨٩ / ٤٠٤٩ .

قال ابن قدامة : تثبت الشفعة للبدوى على القروى و للقروى علـــى البدوى في قول أكثر أهل العلم، لعموم الأدلة واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة. (المغني المذكور آنفا، وانظر أيضا: كشاف القناع ٤ / ١٦٥) .

(٢) ب : لبادى على حاضرى . (تقدمت ترجمة النخعي: جـ ١، ص ٣١) .

وما قاله النخعي قاله أيضًا الحارث العكلي وعثمان البتــي، غير أنهما فرّقا بين الغائب البعيد والغائب القريب، حيث قالا : " لا شفعة للغائب، إلا القريب الغائب " . (انظر: المحلى المذكورة، ومعجم فقه السلف ٦ / ١٣٣) .
انظر قول النخعي في (مصنف ابن أبي شيبة ٦ / ٣٥٩ / ١٣٤٣، والمحلى المذكورة، وموسوعة فقه إبراهيم النخعي للدكتور محمد روّاس قلعجي، ٢ / ٣٥٥، مادة " شــفعة ") .

(٣) راجع في شفعة الغائب إلى ص ٥٣٧ / أ / ١٢ (فصل)، و ٥٣٨ / ب / ١٢ (فصل)، و ٥٤٤ / ١٣ـ مسـألة من هذه الرسالة .

(٤) انظر : الفتاوى الهندية ٥ / ٢٠٠، الباب السابع عشر في المتفرقات .

قد ذكر بن نجيم في " الأشباه والنظائر " (ص ٢٨٠) أن " الفتوى على جواز بيع دور مكة ووجوب الشفعة فيها " . وتابعه على ذلك الحصكفــي في " الدر المختار " وابن عابدين في حاشيته المســمى ب " رد المحتار على الدر المختار " (٦ / ٢٢٢) . وقال صاحب " الفتاوى الهندية " (٥ / ٢٠٠) مــا يلي نصــه:
" دور مكة لا يصح بيعها إلا بناءها، ولا شفعة فيها . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز بيعها وفيها الشفعة . وبه قال أبو يوسف رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى " .

و عند الشافعي : يجوز (١) بيعها ، ويستحق شفعتها · ودليل بيعها ماض في كتاب البيوع ، و الشفعة بناء عليه (٢) · والله أعلم·

—————— مسألة

(١) ب : غير واضحة ·

(٢) انظر : كتاب البيوع من الحاوى للماوردى بتحقيق محمد مفضل مصلح الدين (رسالة دكتوراه) ، ٣ / ١٣٠٩ ، رقم اللوحة ١٨١ / أ ·

والروضة ٤١٨/٣ باب البيوع المنهي عنها ···، والمجموع للنووى ٢٤٨/٩ ·

وعن أحمد روايتان في بيع دور مكة : إحداهما — وهو الأظهر — : جواز بيعها · والثاني : عدم جواز بيعها ·

انظر : المغني ٤/١٩٦ـ١٩٧/ ٣١٣٧، والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ٢٠/٤ (كتاب البيوع) ·

٤٤ـ مسألة

قال المزني رحمه الله (١) : ولا شفعة في عبدٍ، ولا أمةٍ، ولا دابةٍ، و (٢) لا ما لا (٣) يصلح فيه القَسْمُ.

و (٤) هذا / كُلُّه قياسُ قولِ الشافعي (٥) رضى الله عنه (٦).

وهذا صحيح، لا شفعة في منقول مِن حيوان أو عُرُوض (٧).

وحُكي عن عطاء (٨) أنّ الشفعة في كل مشترك

من

---

(١) (رحمه الله) : من ب.
(٢) ساقطة من ب.
(٣) ساقطة من ب.
(٤) ساقطة من ب، والمختصر.
(٥) جاء بعده في المختصر: (ومعناه وبالله التوفيق).
انظر : المختصر ١٢١/٨. (انتهى كتاب الشفعة للمزني رحمه الله تعالى).
(٦) (رضى الله عنه) : من ب.
(٧) وهو قول الجمهور.
انظر : مختصر الطحاوى، ص ١٢٠، والبدائع ٢٦٨٢/٦، ٢٧٠٠، والهداية ٤٠٤/٩، والاختيار ٤٢/٢، ومجمع الأنهر ٤٧٢/٢، والمدونة ٤٠٢/٥، وبداية المجتهد ١٩٤/٢، والشرح الصغير ١١٠/٤ـ١١٢، وفتح العزيز ٣٦٤/١١ وما بعدها، والروضة ٦٩/٥، والمنهاج وشحه مغني المحتاج ٢٩٦/٢، ونهاية المحتاج ١٩٥/٥، والإفصاح ٣٦/٢، والمغني ٢٣٢/٥/٣٩٥٧، وكشاف القناع ١٤٠/٤؛ ور: ص ٤٤٤/د/١ (فصل)، و ١٧/٥٦٥ـ مسألة.
(٨) هو: عطاء بن أبي رباح. سبقت ترجمته. (جـ ١، ص ٣٠).

من حيوان أو غيره(١) .

استدلالاً برواية ابن (٢) أبي مُلَيْكَة (٣) عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " الشريك شفيع ، والشفعة في كل شيء" (٤) .

وبما

(١) وهو رواية عن الإمام أحمد على ما ذكره ابن قدامة في " المغني " (٥/ ٢٣٢/ ٣٩٥٧) ، وإليه ذهب ابن حزم الظاهري . (انظر: المحلى ٩/ ٨٢ وما بعدها/ ١٥٩٤) .

أخرج ابن حزم عن عبد الله البجلي أنه قال: " سألت عطاء عن الشفعة في الثوب، فقال: له شفعة، وسألته عن الحيوان، فقال: له شفعة، وسألته عن العبد، فقال: له شفعة " . (المحلى ٩/ ٤٤/ ١٥٩٤) . صحح ابن حزم اسناده .

ورُوي عن عطاء أنه قال: " الشفعة في كل شيء " . (انظر: شرح معاني الآثار ٤/ ١٢٦ ، وفتح الباري ٩/ ٣١٣ـ٣١٤ ، والمغني السابق) .

وروى عن عطاء خلاف ذلك ، حيث أخرج عنه عبد الرزاق أنه قال: " لا شفعة إلاّ في أرض" . (المصنف ٨/ ٨٧/ ١٤٤٢٥) . كما أخرج عنه ابن أبي شيبة أنه قال: " إنما الشفعة في الأرض والدار " . (المصنف ٧/ ١٧٥/ ٢٧٩٧) . وروى أبو حنيفة عن عطاء ، عن أبي هريرة مرفوعاً: " لا شفعة إلاّ في دار أو عقار " . (السنن الكبرى ٦/ ١٠٩) ، وأخرج الطحاوي عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: " لا شفعة في الحيوان " . (شرح معاني الآثار ٤/ ١٢٦ ، وانظر أيضاً: المغني المذكور أعلاه) .

(٢) ب: بن .

(٣) هو عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله بن أبي مُلَيْكَة القرشي ، أبو بكر . رأى ثمانين من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، كان من الصالحين والفقهاء في التابعين والحفاظ المتقين ، مات سنة (١١٧ هـ) . اسم أبي مليكة: زهير ابن عبد الله بن جُدْعان .

انظر ترجمته في (مشاهير علماء الأمصار ، ص ٨٢ـ٨٣ ، رقم ٥٩٧ ؛ والمجموع ٩/ ٢٨٩ (كتاب البيوع) ، وتهذيب التهذيب ٥/ ٣٠٦ـ٣٠٧/ ٥٢٣ ، والأعلام ٤/ ٢٣٦ـ٢٣٧) .

(٤) أخرجه بلفظه كلٌّ من الترمذي ، والطحاوي ، والبيهقي ، وابن حزم عن أبي حمزة السُّكَّري ، عن عبد العزيز بن رُفَيع ، عن ابن أبي مليكة ، عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً . وأخرجه عنه ابن أبي شيبة بلفظ: " قضى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بالشفعة في كل شيء: الأرض ، والدار ، والجارية ، والخادم " .

و بما رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : " في العبد الشفعة " (١) ٠

ولأنها شركة يدخل بها مضرّة ، فوجبت (٢) الشفعة فيها كالأرضين (٣) ٠

و هذا

= قال الترمذى : " هذا حديث لانعرفه مثل هذا ، إلاّ من حديث أبي حمزة السُّكَّرِيّ ٠ وقد رَوى غير واحد هذا الحديث عن عبد العزيز بن رفيع ، عن ابن أبي مليكة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ٠ و هذا أصح " ٠

وقال ابن حجر : " روى البيهقي من حديث ابن عباس مرفوعا : (الشفعة في كل شئ) ٠ ورجاله ثقات ، إلا أنه أعلّ بالإرسال وأخرج الطحاوى له شاهداً من حديث جابر باسناد لا بأس برواته " ٠

وأفاد ابن حزم أنه متواتر ، وصَحَّحَ اسنادَهُ ٠

انظر : سنن الترمذى ٢ /٤١٣ــ ٤١٤/ ١٣٨٣ الأحكام ــ باب ما جاء أن الشريك شفيع ، وشرح معاني الآثار ٤/ ١٢٥ــ١٢٦ ، والسنن الكبرى ٦ / ١٠٩ ، والمحلى ٩/ ٨٤/ ١٥٩٤ ، وفتح البارى ٩/ ٣١٤ ٠

---

(١) أخرجه البيهقي عن ابن عباس رضى الله عنهما ، كما أخرجه عنه أبو بكر ابن أبي شيبة ــ على ما ذكره السيوطي ــ بلفظ : " الشفعة في العبيد و في كل شئ " ٠ وفي رواية عند البيهقي : " في العبد شفعة و في كل شئ " ٠

ضعّفه البيهقي ، وكذلك السيوطي ٠

انظر : السنن الكبرى ٦/ ١١٠ ، والجامع الصغير مع شرحه فيض القدير ٤/ ١٧٧/ ٤٩٤٥ ٠

(٢) ب : فوجب ٠

(٣) انظر : المحلى السابقة ، و ر : ص ٤١٥/ب/١ (فصل) ٠

وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم: " الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ، وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ، فَلَا شُفْعَةَ " • (١) •

فأثبتها في المشاع الذى تثبت فيه الحدود، وتصرف عنه الطرق بالقسمة• وهذا لا يكون إلّا في الأرض والعقار، فدل على انتفائها عما سوى الأرض والعقار (٢) •

وروى ابن (٣) جريج، عن أبي الزبير،/ (٤)، عن جابر (٥) قال: (١٨٥/أ-ب) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا شفعة إلّا في رَبْعَةٍ أو حَائِطٍ " (٦) •

فأثبت جنس الشفعة في الرَّبْع والحائط، ونفاه (٧) عما سوى الربح والحائط • ولأن ثبوب الشفعة إمّا أن يكون للخوف من مؤنة القسمة — والحيوان مما لا يقسم — أو يكون لرفع الضرر المستدام (٨) بسوء المشاركة• وهذا ضرر لا يستديم، و فيه انفصال •

فأما

---

(١) سبق تخريجه• (ص ٤٠٨) • (٢) ر: ص ٤١٥/ب/١ (فصل) •

(٣) أ، ب: (بن) • تقدمت ترجمة ابن جريج • (ص ٤٢٨) •

(٤) ب: (ابن الزبير) • والصحيح ما أثبته كما ثبت في نسخة " أ "، وكذلك ورد في كتب السنة، وقد ثبت فيما سبق في نسخة " ب " أيضًا أنه أبو الزبير• (رقم اللوحة: ١١٢) • وقد تقدمت ترجمة أبي الزبير، ص ٤٠٩) •

(٥) تقدمت ترجمته• (ص ج ١، ص ٣٩٢) •

(٦) ولحديث جابر رضى الله عنه طرق متعددة• قد سبق تخريجه من طريق ابن المسيب مرسلا، ومن طريق أبي سلمة عن جابر مرفوعا (ص٤٠٨)، وعن أبي الزبير، عن جابر مرفوعا أيضا (ص ٤٠٩) • وقد ساق المؤلف جزءًا من الحديث في (ص ٤٧٢) بدون إسناد، و تم هناك عزوه إلى صحيح مسلم، وسُقْتُهُ باللفظ الذى أخرجه مسلم • ثم ساقه المؤلف في (ص٦٥٨) عن أبي الزبير، عن جابر مرفوعا مطولا، سوى الجزء الذى ذكره هنا •
وقد أخرجه -كما أخرجه مسلم- عن أبي الزبير، عن جابر مرفوعا بألفاظ متقاربة كُلٌّ من: أبي داود (٢/٢٥٦)، والترمذي (٢/٣٨٧-٣٨٨/١٣٢٦)، والنسائي (٧/٣٠١)، والدارمي (٢/٢٧٣-٢٧٤)، والطحاوى (في شرح معاني الآثار ٤/١٢٠)، و أحمد في مسنده (٣/٣٠٧، ٣١٠، ٣١٦) •
(يرجع أيضًا في تخريج الحديث إلى إرواء الغليل ٥/٣٧٣) •

(٧) ب: نفاهما •

(٨) ب: المستقيم •

خبر
فأما ابن (١) أبي (٢) مُلَيْكَة، فموقوف على ابن (٣) عباس رضى الله عنه (٤) مع انقطاع إسناده. لأن ابن (٥) أبي مليكة، قيل: إنَّهُ لم يلق ابن (٦) عباس، على أنه يُحْمَل قوله: – " الشفعة في كل شيء " – من العراص (٧) والعقار (٨).

وأما (٩) الجواب عن روايتهم: – " في العبد شفعة " (١٠) مع ضعفه: فهو، أنه محمول على الشفعة في العبد، إذا كان ثَمَنًا في أرض أو عقار، ولا يكون ابتياع ذلك بالعبد مانعًا من ثبوب الشفعة فيه. والله أعلم بالصواب (١١).

(١، ٣، ٥، ٦) ب: بن.
(٢) ساقطة من ب.
(٤) (رضى الله عنه): من ب.
(٧) ب: المغراص.
(٨) وبه قال الطحاوى، حيث قال: " إنما معنى (الشفعة في كل شيء): أى في الدور، والعقار، والأرضين. والدليل على ذلك ما قد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما، .... عن عطاء، عن ابن عباس رضى الله عنهما، قال: " لا شفعة في الحيوان " ". (شرح معني الآثار ١٢٦/٤).
(٩) ب: فأما.
(١٠) ب: نصفه.
(١١) قوله (بالصواب): لم يثبت في ب.

* * * *

(انتهى كتاب الشفعة من الحاوى الكبير لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى رحمه الله تعالى، و يليه في الكتاب " كتاب القراض وما دخل فيه من اختلاف أبي حنيفة ". ولقد سجله الطالب عبد الوهاب السيد السباعي في أكتوبر ١٩٧٩ م، للحصول على درجة التخصص " الماجستير " على ما ورد ذكره في " كشف بيان موضوعات الرسائل المقدمة والمسجلة بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر للحصول على درجة التخصص " الماجستير " من بداية التسجيل بالكلية عام ١٩٧٦ م ").

١٤٠٩/٨/١٩ هـ = ١٩٨٩/٣/٢٦ م

مكة المكرمة

المحقق

الفهارس

الفهارس

أولا : فهرس الآيات القرآنية

* * *

ثانيا : فهرس الأحاديث النبوية

الحديث — الصفحة

حرف الألف

الحديث	الصفحة
" إنّ رجلاً ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يُخْدَعُ في البيوع . فقال : إذا بايعتَ فقل : لا خلابة " . (في الهامش) .	٤٧٠
" إن رجلا قال : إنّ لي جاريتين إلى أيهما أهدى ؟ قال : إلى أقربهما منك دارًا أو بابا " . (في الهامش)	٤٣٠
" إن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين . فقال : أغصب يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة " ...	٥ ، ٣٧ـ٣٨
" إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت احدى أمهات المؤمنين (مع خادم) بقصعة فيها طعام... "	٣٨ـ٣٩
" إنّ لصاحب الحق يَدًا ومَقَالاً "	٣١٤
" إنّ الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يعملوا به " . (في الهامش)	٦١
" إنّ الله تعالى ورسوله حرم بيع الخمر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة ... "	٣٩٢
" إن النبي صلى الله عليه وسلم زار قومًا من الأنصار، فقدموا إليه شاة مصلية ... "	٢٩٤ـ٢٩٥
" إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة "	٤٢٦، ٥٨٢، ٥٨٣
" إنّما المؤمنون اخوة . فلا يحل لامرئ من مال أخيه إلا عن طيب نفس منه "	٩٤ـ٩٥
" إنه صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة "	١١٢
" أيّما امرأةٍ نُكِحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فان مسّها فلها المهر بما استحل من فرجها "	١٩٨

الحديث	الصفحة

حرف الجيم

الحديث	الصفحة
" عارية مضمونة مؤداة "	٥ ، ٣٨
" على اليد ما أخذت حتى تؤدى "	٣٦، ٦٣، ٢٠٦، ٣٧٤
" عمتكم النخلة "	٩٩

حرف الغين

حرف الفاء

حرف اللام

الحديث	الصفحة
" المنحة أفضل الصدقة تَغْدُو باناء وتَرُوحُ بآخر ".	٢٤
" مَن مَسّ فرجه وأنثييه توضأ "	٥٨٣
" مَن مَسّ فرجه توضأ "	٥٨٣

حرف النون

الحديث	الصفحة
" الندم توبة "	٦١ ، ٦٤
" نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُجَصَّصَ القبرُ وأن يُقْعَدَ عليه وأن يُبنَى عليه ". (في الهامش) ...	٨٣
" نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن عَسْب الفحل "	٢٥ ، ٢٩٣ (٢٩٣ في الهامش).
" نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذبح البهائم إلاّ لمأكلة "	٣٢٥
" نهى عن كسب الزمارة "	١٩٧
" نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مهر البغي "...	١٦٢ ، ١٩٧

حرف الواو

الحديث	الصفحة
" الولد للفراش وللعاهر الحجر "	١٦٠

حرف الياء

الحديث	الصفحة
" يسروا ولا تعسروا ، إني بعثت بالحنيفية السمحة "	٣١١ ، ٣١٥
" يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثًا "	٤٧١

حرف اللام ألف

الحديث	الصفحة
" لا ترجعوا بعدى كفارا ... "	٩٤_٩٥
" لا شفعة إلّا في ربحة أوحائط "	٤٧٢ ، ٦٧٨
" لا شفعة لذمي على مسلم "	٦٧١ ، ٦٧٢

* * *

ثالثـا : فهرس الآثار

* * *

رابعا : فهرس الشواهد الشعرية

البيت	القائل	الصفحة
- أَجَارَتَنَا بِينِي فانكِ طَالِقَةٌ وَمَوْمُوقَة ما كنتِ فينا و وامقةٌ	الأعشى	٤١٠ (في الهامش) ، ٤٣٣ (في النص) .
....		
- بأَجْوَدَ مِنْهُ بِمَاعُونِهِ إِذا ما سَماؤُهم لم تَغِمْ	الأعشى	١٢
- عاد الأذلة في دار و كان هُرْتُ الشَّقَاشِقِ ظَلَّامُونَ لِلْجُزُرِ	تميم بن أبي بن مقبل	٩٣
- فَتُخْلِلْ لكم، ما لا تُغِلُّ لِأَهْلِهَا قُرَىً بالعراق ، مِن قَفِيزٍ، ودِرْهَم	زُهَير بن أبي سُلْمَى	٤٢
- قَوْمٌ على الاسلام لَمَّا يمنعوا ماعُونَهم وُيضَيِّعُوا التهليلا	عُبَيد الراعي	١٠
- كُوفِيَّةٌ نَازِحٌ مَحِلَّتُها لَا أَمَمٌ دَارُهَا وَلَا صَقَبُ	ابن قيس الرقيات	٤٣١

* * *

خامسا : فهرس الأعلام (١)

أولا : أعلام قسم الدراسة :

رقم التسلسل الاسم (أ) الصفحة

---

(١) الأعلام مرتبة ترتيبا هجائيا، وقد أسقطنا " ابن " و " أبو " من الاعتبار.

(٢) الرقم الذي يلي رقم الصفحة يعني رقم الهامش الذي يوجد فيه ترجمة العلم.

رقم التسلسل　الاسم　(ح)　الصفحة

(خ)

(د)

(ذ)

(ص)

ثانيا : أعلام قسم التحقيق :

=

رقم التسلسل الاسم الصفحة

(ح)

(خ)

(د)

رقم التسلسل　　الاسم　　(ر)　　الصفحة

رقم التسلسل　　الاســم　　الصفحة

رقم التسلسل   الاسم   الصفحة

(ق)

(ل)

(م)

* * *

سادسا : فهرس الكتب الواردة في النص

* * *

ملحوظة: إن الكتب التي أشيرإليها برقم ٧، و ٨، و ٩، و ١٠، و ١١، و ١٢ هي من جملة كتاب الأم للإمام الشافعي رحمه الله . (المحقق) .

سابعا : فهرس الكلمات اللغوية والاصطلاحية

(*) الرقم الذى يأتي بعد رقم الصفحة يعني رقم الهامش الذى يوجد فيه شرح الكلمة .

* * *

ثامنا : فهرس مصادر البحث والتحقيق

- كتب التفسير و علوم القرآن :

١ ــ أحكام القرآن ، للامام أبي بكر أحمد بن علي الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، تحقيق محمد الصادق قمحاوى ، دار الصحف، مطبعة عبدالرحمن محمد ، ط ٢ (الطبعة الثانية) بالقاهرة .

٢ ــ أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣ هـ، تحقيق على محمد البجاوى ،طبعة عيسى البابي الحلبي ١٣٩٤ هـ= ١٩٧٤م بالقاهرة .

٣ ــ تفسير الطبرى = جامع البيان عن تأويل آى القرآن ، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠ هـ، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط ٣ ١٣٨٨ هـ = ١٩٦٨ م بمصر .

٤ ــ تفسير القرطبي = الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبي المتوفى سنة ٦٧١ هـ ، دار الكتب العربي ، الجمهورية العربية المتحدة وزارة الثقافة ١٣٨٧هـ=١٩٦٧م بالقاهرة .

٥ ــ تفسير الماوردى = النكت والعيون ، لأبي الحسن علي بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ ،تحقيق خضر محمد خضر ، مطابع مقهوى ، ط ١ سنة ١٤٠٢هـ بالكويت .

٦ ــ الدر المنثور في التفسير بالمأثور ، لجلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ،دار الفكر ، ط ١ سنة ١٤٠٣ هـ= ١٩٨٣ م ببيروت .

٧ ــ زاد المسير في علم التفسير ،لأبي الفرج عبدالرحمن بن علي بن محمد الجوزى المتوفى سنة ٥٩٧ هـ ، المكتبة الإسلامية ، ط ١ سنة ١٣٨٥ هـ = ١٩٦٥م دمشق ــ بيروت .

٨ ــ فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، لمحمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

ـ كتب الحديث وعلومه :

١ ـ اختلاف الحديث، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ، (بذيل الأم للشافعي ، جـ ٨) ، مكتبة الكليات الأزهرية ،شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط ١ سنة ١٣٨١هـ=١٩٦١ م بالقاهرة .

٢ ـ الأدب المفرد ، لأبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦هـ، توضيح فضل الله الجيلاني ، المكتبة الاسلامية، سنة ١٣٨٨هـ = ١٩٦٩ م حمص ـ الفاخورة .

ـ الأموال = كتاب الأموال .

٣ ـ الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث ،للحافظ ابن كثير المتوفى سنة ٧٧٤ هـ، تأليف أحمد محمد شاكر ، دار الكتب العلمية، ط ٢ ،بيروت ـ لبنان .

٤ ـ بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني (بهامش الفتح الرباني)، كلاهما تأليف أحمد بن عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي ، مطبعة الفتح الرباني ، ط ١ سنة ١٣٥٧ هـ بمصر .

٥ ـ بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد ابن علي بن محمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ، مطبوع مع شرحه سبل السلام للصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢ هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط ٤ ، سنة ١٣٧٩ هـ = ١٩٦٥ م بمصر .

٦ ـ تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، للحافظ أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني الشافعي المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ، تحقيق وتعليق الدكتور شعبان محمد إسماعيل ، مكتبة الكليات الأزهرية، سنة ١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩ م بالقاهرة .

٧ ـ التلخيص على المستدرك ، لأبي عبد الله شمس الدين الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ (مطبوع بهامش المستدرك للحاكم النيسابورى)، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، بيروت ـ لبنان .

٨ ـ تهذيب الإمام ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١)، (مطبوع بهامش مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذرى) ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مكتبة السنة المحمدية بالقاهرة .

٩ ـ جامع الأصول في أحاديث الرسول ،للإمام مجد الدين أبي السعادات

المبارك بن محمد بن الأثير الجزري المتوفى سنة ٦٠٦ هـ ، تحقيق وتعليق عبد القادر الأرناؤوط ، مكتبة الحلواني ومكتبة دار البيان ، مطبعة الملاح ، سنة ١٣٩٢ هـ = ١٩٧٢ م .

١٠ ـ الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير ، للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ ، (مطبوع مع شرحه فيض القدير للمناوى) ، دار الفكر ، ط ٢ سنة ١٣٩١ هـ = ١٩٧٢ م .

١١ ـ جامع مسانيد الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان بن الثابت المتوفى سنة ١٥٠ هـ ، لمحمد بن محمود الخوارزمي ، مطبعة دائرة المعارف النظامية ، ١٣٣٢ هـ حيدر آباد الدكن .

١٢ ـ الجوهر النقي ، للعلامة علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني المتوفى سنة ٧٤٥ هـ ، (بهامش السنن الكبرى للبيهقي) ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، ط ١ سنة ١٣٥٢ هـ ، حيدر آباد الدكن ـ الهند .

١٣ ـ سبل السلام ، للامام محمد بن إسماعيل الكحلاني ، الصنعاني المعروف بالأمير المتوفى سنة ١١٨٢ هـ ، (وهو شرح بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني) ، مراجعة والتعليق محمد عبد العزيز الخولي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط ٤ سنة ١٣٧٩ هـ = ١٩٦٠ م بمصر .

١٤ ـ سنن الترمذى (الجامع الصحيح) ، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى التوفى سنة ٢٧٩ هـ ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، دار الفكر ، مكتبة الرياض الحديثة ، ١٤٠٠ هـ = ١٩٨٠ م ببيروت .

١٥ ـ سنن الدارقطني للإمام علي بن عمر الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٥ هـ ، (وبهامشه : التعليق المغني على الدارقطني ، لأبي الطيب آبادى) ، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، دار المحاسن ، ١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م بالقاهرة .

١٦ ـ سنن الدارمي ، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن بهرام الدارمي المتوفى سنة ٢٥٥ هـ ، دار احياء السنة النبوية .

١٧ ـ سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى سنة ٢٨٥ هـ ، تعليق الأستاذ أحمد سعد علي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط ١ سنة ١٣٧١ هـ = ١٩٠٢ م بمصر .

١٨ ـ السنن الكبرى ، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ، (وبهامشه الجوهر النقي لابن التركماني) ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية ، ط ١ سنة ١٣٥٢ هـ ، حيدر آباد ـ الدكن ـ الهند .

١٩ ـ سنن ابن ماجه ، لأبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه المتوفى سنة ٢٧٥ هـ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، عيسى البابي الحلبي وشركاه .

٢٠ ـ سنن النسائي ، للإمام أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي المتوفى سنة ٣٠٣ هـ ، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، المطبعة المصرية .

٢١ ـ شرح السنة ، لأبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي المتوفى سنة ٥١٦ هـ ، تحقيق زهير الشاويش وشعيب الأرناؤوط ، المكتبة الإسلامية ، سنة ١٣٩٤ هـ = ١٩٧٤ م .

٢٢ ـ شرح صحيح مسلم ، للإمام محيي الدين شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، دار إحياء التراث العربي ، ط ١ سنة ١٣٤٧ هـ = ١٩٢٩ م ، بيروت ـ لبنان .

٢٣ ـ شرح معاني الآثار ، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلمة الأزدي ، الحنفي المتوفى سنة ٣٢١ هـ ، تحقيق محمد زهري النجار ، دار الفكر العلمية ، ط ١ سنة ١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩ م .

٢٤ ـ شرح موطأ الإمام مالك ، لأبي عبدالله محمد بن عبدالباقي بن يوسف الزرقاني المتوفى سنة ١١٢٢ هـ ، تحقيق إبراهيم عَطْوَه عوض ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط ١ سنة ١٣٨٢ هـ = ١٩٦٢ م بمصر .

٢٥ ـ صحيح البخاري ، للحافظ أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البُخَاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ، المكتبة الإسلامية ، محمد أوزدمير ، ١٩٧٩ م ، استانبول ـ تركيا .

٢٦ ـ صحيح مسلم (بشرح النووي) ، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ ، دار إحياء التراث العربي ، ط ١ سنة ١٣٤٧ هـ = ١٩٢٩ م ، بيروت ـ لبنان .

٢٧ ـ علوم الحديث ، لابن الصلاح أبي عمرو عثمان بن عبدالرحمن الشهرزوري المتوفى سنة ٦٤٣ هـ ، تحقيق نورالدين عتر ، المكتبة العلمية ، بالمدينة المنورة ، مطبعة الأصيل ، سنة ١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م بالحلب .

٢٨ ــ عمدة القاري شرح صحيح البخارى، لبدرالدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥ هـ، ،إدارة الطباعة المنيرية، دار إحياء التراث العربي .

٢٨/١ــ عون المعبود شرح سنن أبي داود ، لأبي الطيب محمد شمس الحق (*)

٢٩ ــ فتح البارى شرح صحيح البخارى، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ، راجعه وقدم له وضبط أحاديثه وعلق عليه : طه عبدالرؤف سعد ،ومصطفى محمد الهوارى،والسيد محمد عبدالمعطي؛ مكتبة الكليات الأزهرية،شركة الطباعة الفنية المتحدة، طبعة جديدة سنة ١٣٩٨ هـ= ١٩٧٨ م .

٣٠ ــ الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل ، لأحمد بن عبدالرحمن البنا الشهير بالساعاتي، مطبعةالفتح الرباني ، ط ١ سنة ١٣٥٧ هـ بمصر .

٣١ ــ فيض القدير شرح الجامع الصغير ،لمحمد بن عبدالرؤف المناوى المتوفى سنة ١٠٣١ هـ، دار الفكر، ط ٢ سنة ١٣٩١ هـ=١٩٧٢ م .

٣١ ــ كتاب الأموال ، لأبي عبيد القاسم بن سلّام المتوفى سنة ٢٢٤ هـ، تحقيق خليل هراس محمد . مكتبة الكليات الأزهرية ــ دار الفكر، ط ٢ سنة ١٣٩٥هـ=١٩٧٥ م بالقاهرة ــ بيروت .

٣٢ ــ الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار،للحافظ عبدالله بن محمد بن أبي شيبة المتوفى سنة ٢٣٥ هـ،تحقيق وتصحيح عامر العمرى الأعظمي،الدار السلفية ، ط ١ ، مومباى ــ الهند .

٣٣ ــ كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، للشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي المتوفى سنة ١١٦٢ هـ ،إشراف أحمد القلاش ، مؤسسة الرسالة، ط ٣ سنة ١٤٠٣هـ=١٩٨٣ م ببيروت .

٣٤ ــ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ،لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧ هـ، دار الكتاب العربي ، ط ٣ ، سنة ١٤٠٢هـ=١٩٨٢ م بيروت ــ لبنان .

٣٥ ــ المحلى ، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ، منشورات المكتب التجارى ، بيروت .

٣٦ ــ مختصر سنن أبي داود ،للحافظ المنذرى المتوفى سنة ٦٥٦ هـ، (بهامشه (*) العظيم آبادى، تحقيق عبدالرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، ط ٢ سنة ١٣٨٨ هـ= ١٩٦٩ م بالمدينة المنورة .

معالم السنن للخطابي وتهذيب الإمام ابن قيم الجوزية) ، تحقيق محمد جامد الفقي ، مكتبة السنة المحمدية بالقاهرة •

٣٧ ـ المستدرك على الصحيحين ،لأبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوری المتوفى سنة ٤٠٥ هـ، مكتبة المطبوعات الاسلامية ،بيروت ـ لبنان •

٣٨ ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني المتوفى سنة ٢٤١ هـ ، بهامشه كنزل العمال للشيخ على المتقي الهندی) ، المكتب الإسلامي ،بيروت •

٣٩ ـ المسند ،للحافظ أبي بكر عبدالله بن الزبير الحميدی المتوفى سنة ٢١٩ هـ ،تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة •

٤٠ ـ مشكل الآثار ،لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوی المتوفى سنة ٣٢١ هـ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، ط ١ سنة ١٣٣٣ هـ ، حيدر آباد ـ الدكن ـ الهند •

المصنف = الكتاب المصنف لابن أبي شيبة •

٤١ ـ المصنف للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١ هـ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، مكتبة الإسلامي ، ط ١ سنة ١٣٩١هـ= ١٩٧٢م ، بيروت •

٤٢ ـ معالم السنن ،لأبي سليمان الخطابي المتوفى سنة ٣٨٨ هـ، بهامش مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذری ،تحقيق محمد حامد الفقي ،مكتبة السنة المحمدية بالقاهرة •

٤٣ ـ المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوی ، ترتيب وتنظيم لفيف من المستشرقين، ونشره الدكتور أ • ی • ونسنك ، مكتبة بريل في مدينة ليدن ، ١٩٣٦ م •

٤٤ ـ المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة، للإمام أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي المتوفى سنة ٤٩٤ هـ، مطبعة السعادة ، ط ١ سنة ١٣٣٢ هـ بمصر •

٤٥ ـ موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان ،للإمام نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧ هـ،تحقيق ونشر محمد عبد الرزاق حمزة، دار الكتب العلمية ،بيروت ـ لبنان •

٤٦ ـ الموطأ ،للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـ،تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، دار إحياء التراث العربي •

٤٧ ـ نصب الراية ،لأحاديث الهداية ،لجمال الدين عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢ هـ،مطبعة دائرة المأمون ، ط ١ سنة ١٣٥٧هـ=١٩٣٨م •

٤٨ ــ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، الطبعة الأخيرة بمصر .

ــ كتب الفقه الحنفي :

١ ــ الاختيار لتعليل المختار ، لعبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي المتوفى سنة ٦٨٣ هـ ، دار المعرفة ، ط ٣ سنة ١٣٩٥هـ=١٩٧٥م ، بيروت ــ لبنان .

٢ ــ إرشاد الساري إلى مناسك الملا علي القاري ، لحسين بن محمد سعيد عبدالغني المكي الحنفي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ــ لبنان .

٣ ــ الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، للشيخ زين العابدين ابن إبراهيم بن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، تحقيق عبدالعزيز محمد الوكيل ، مؤسسة الحلبي وشركاه ، ١٣٨٧هـ=١٩٦٨ م ، بالقاهرة .

٤ ــ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، للإمام زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، دار المعرفة ، ط ٢ ، بيروت ــ لبنان . (أُعيد طبعه بالأوفست) .

٥ ــ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ، مطبعة الإمام ، القاهرة .

٦ ــ البناية في شرح الهداية ، لأبي محمد محمود بن أحمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥ هـ ، دار الفكر ، ط ١ ، ١٤٠١هـ=١٩٨١ م . (تصحيح : المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري)

٧ ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخرالدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٣ هـ ، دار المعرفة ، ط ٢ ، بيروت ــ لبنان .

٨ ــ تحفة الفقهاء ، لعلاء الدين السمرقندي التوفى سنة ٥٣٩ هـ ، (وهي أصل "بدائع الصنائع" للكاساني) . تحقيق الدكتور محمد زكي عبدالبر ، مطبعة جامعة دمشق ، ط ١ سنة ١٣٧٩هـ=١٩٥٩ م .

٩ ــ حاشية رد المحتار على الدر المختار ، المعروف بحاشية ابن عابدين ، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط ٢ ، مصر .

١٠ ــ حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية ط ١ سنة ١٣١٥هـ ٠

١١ ــ حاشية الطحطاوي على الدر المختار ، للسيد أحمد الطحطاوي الحنفي ، دار المعرفة ، بيروت ــ لبنان ٠ (أعيد طبعه بالأوفست ١٣٩٥ هـ= ١٩٧٥ م) ٠

ــ الخراج = كتاب الخراج لأبي يوسف ٠

١٢ ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، لعلي حيدر ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت ــ بغداد ٠

١٣ ــ الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، للحصكفي المتوفى سنة ١٠٧٧ هـ (بهامشه رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين) ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط ٢ سنة ١٣٨٦هـ= ١٩٦٦م بمصر ٠

ــ رد المحتار على الدر المختار = حاشية رد المحتار لابن عابدين ٠

١٤ ــ الدر المنتقى (لمحمد علاء الدين) في شرح الملتقى للشيخ إبراهيم الحلبي ، مطبوع بهامش مجمع الأنهر ، لعبد الله بن محمد المعروف بداماد أفندي ، دار إحياء التراث العربي ٠

١٥ ــ شرح العناية على الهداية ، لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ بهامش نتائج الأفكار للقاضي زاده أفندي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط ١ سنة ١٣٨٩هـ=١٩٧٠م بمصر ٠

١٦ ــ شرح فتح القدير ، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ هـ ٠ مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط ١ سنة ١٣٨٩هـ=١٩٧٠م بمصر ٠

١٧ ــ العُقُود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ ٠ دار المعرفة ، ط ٢ ، بيروت ــ لبنان ٠ (أعيد طبعه بالأوفست) ٠

١٨ ــ الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة ، المجموعة بأمر السلطان أبي المظفر محيي الدين محمد أورنك زيب بهادر عالمكير بادشاه غازي ٠ دار المعرفة ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية ، ط ٢ ، سنة ١٣١٠ هـ ، بيروت ــ لبنان ٠

١٩ ـ القدوري (الكتاب) ، لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري الحنفي المتوفى سنة ٤٢٨ هـ • مطبوع مع شرحه اللباب في شرح الكتاب ، للشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني • مطبعة المدني ، ط ٤ سنة ١٣٨١هـ=١٩٦١ م بالقاهرة •

٢٠ ـ كتاب الخراج ، للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم المتوفى سنة ١٨٣ هـ • المطبعة السلفية ، ط ٥ سنة ١٣٩٦ هـ بالقاهرة •

٢١ ـ اللباب في شرح الكتاب ، لعبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني ، على المختصر المشتهر باسم "الكتاب" الذى صنفه أبو الحسين القدوري • تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، ط ٤ ، مطابع دار الكتاب العربي ، ١٣٨١هـ= ١٩٦١ م بمصر •

٢٢ ـ المبسوط ، لشمس الدين السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣ هـ ، دار المعرفة ، ط ٣ سنة ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م (أعيد طبعه بالأوفست) بيروت ـ لبنان •

٢٣ ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، لعبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى • دار إحياء التراث العربي •

٢٤ ـ مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادى ، المطبعة الخيرية ، ط ١ سنة ١٣٠٨ هـ بمصر •

٢٥ ـ مختصر الطحاوى ، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى الحنفي المتوفى سنة ٣٢١ هـ ، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني • مطبعة دار الكتاب العربي ، بالقاهرة •

٢٦ ـ نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندى ، قاضي عسكر روملي • وهي تكملة " فتح القدير " للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفي • مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط ١ سنة ١٣٨٩هـ=١٩٧٠ م بمصر •

٢٧ ـ الهداية شرح بداية المبتدى ، لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ • (مطبوع مع شرحها نتائج الأفكار ، لقاضي زاده أفندى) • مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ط ١ سنة ١٣٨٩هـ= ١٩٧٠ م بمصر •

- كتب الفقه المالكي :

١ - أسهل المدارك ، لأبي بكر بن حسن الكشناوى . (وهو شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، لبرهان الدين إبراهيم اليحمرى المالكي) .
عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ط ٢ .

٢ - أوجز المسالك إلى موطأ مالك ، للشيخ مولانا محمد زكريا الكاندهلوى . المكتبة الامدادية ، ط ٣ سنة ١٣٩٤هـ = ١٩٧٤ م .

٣ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ ، دار الفكر .

٤ - جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك ، للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه .

٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ ، بهامشه الشرح الكبير لأبي البركات الدردير . دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، مصر .

٦ - حاشية الشيخ علي بن أحمد الصعيدى العدوى المالكي المتوفى سنة ١١٨٩ هـ ، بهامش الخرشي ، دار صادر ، بيروت .

٧ - الخرشي على مختصر سيدى خليل ، للشيخ محمد الخرشي المالكي المتوفى سنة ١١٠١ هـ ، بهامشه حاشية الشيخ علي العدوي . دار صادر ، بيروت .

٨ - الشرح الصغير ، لسيدى أحمد الدردير (المتوفى سنة ١٢٠١هـ) على مختصره المسمى " أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك " . تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، مطبعة المدني ، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده ، ط ١ سنة ١٣٨٢ هـ = ١٩٦٢ م ، باقا بالقاهرة .

٩ - الشرح الكبير ، لأبي البركات سيدى أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١هـ ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي . دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، بمصر .

١٠ - قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، لمحمد بن أحمد

ابن جزى الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٤١ هـ، مكتبة عالم الفكر ، ط ١ سنة ١٩٧٥ م بالقاهرة .

(*) ١٠ ـ القوانين الفقهية ، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المتوفى سنة ٧٤١ هـ ، الدار العربية للكتاب ، ١٩٨٢ م ، ليبيا ـ تونس .

١٢ ـ كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، للحافظ الفقيه أبو عمر بن عبد البر النمرى القرطبي المتوفى سنة ٤٦٣ هـ ، تحقيق الدكتور محمد محمد أحيد وُلْد ماريك الموريتاني ، مطبعة حسان ، ١٣٩٩هـ = ١٩٧٩ م بالقاهرة .

١٣ ـ مختصر خليل ، للشيخ خليل بن إسحاق المالكي في فقه إمام دار الهجرة المتوفى سنة ٧٦٩ هـ ، تصحيح وتعليق الشيخ طاهر أحمد الزاوى ، مطبعة المشهد الحسيني بالقاهرة .

١٤ ـ المدونة الكبرى ، للإمام مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة ١٧٩ هـ . رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس . دار صادر (طبعة جديدة بالأوفست) بيروت ، مطبعة السعادة ١٣٢٣ هـ ، مصر .

١٥ ـ المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس والمغرب ، لأحمد بن يحيى الونشريسي المتوفى سنة ٩١٤ هـ . خرجه جماعة من الفقهاء باشراف الدكتور محمد حجي . دار المعرفة الإسلامي ، ١٤٠١هـ = ١٩٨١ م ، بيروت ، من نشريات الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية ـ الرباط .

ـ كتب الفقه الشافعي :

١ ـ الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ . دار الشباب للطباعة ، دار الفكر ، ط ١ ، ١٤٠٤هـ = ١٩٨٢ م بالقاهرة .

٢ ـ أدب القاضي ، لأبي الحسن الماوردى أيضا ، تحقيق محيي هلال السرحان ، مطبعة الارشاد ، ط ١ سنة ١٣٩١ هـ ببغداد .

٣ ـ أسنى المطالب شرح روض المطالب ، لأبي يحيى زكريا الأنصارى الشافعي المتوفى سنة ٩٢٦ هـ ، بهامشه حاشية أبي العباس أحمد الرملي الكبير .

(*) الكتابان المشار اليهما في رقم (١٠ ، ١٠) كتاب واحد لابن جزى ، الاسم والطبع يختلف فقط . (المناقشان) . ـ المحقق ـ .

٤ ــ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأخيرة، ١٣٧٨ هـ = ١٩٥٩ م بمصر .

٥ ــ الإقناع في الفقه الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ، تحقيق خضر محمد خضر، دار العروبة، ط ١ سنة ١٤٠٢ هـ = ١٩٨٢ م بالكويت ــ الصفاة .

٦ ــ الأم، للامام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط ١ سنة ١٣٨١هـ = ١٩٦١ م بالقاهرة .

٧ ــ تحفة المحتاج بشرح المنهاج، للعلامة أحمد بن حجر الهيتمي المتوفى سنة ٩٧٤ هـ، بهامش حواشي الشرواني وابن قاسم العبادى .

٨ ــ حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملي المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ، بهامش نهاية المحتاج للرملي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦ هـ = ١٩٦٧ م بمصر .

٩ ــ حواشي عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بهامشها تحفة المحتاج للهيتمي .

١٠ ــ حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى، مطبوعة مع حاشية القليوبي . دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر .

١١ ــ حاشية القليوبي، لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ، مطبوعة مع حاشية عميرة ــ مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر .

١٣ ــ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي القرن الثامن الهجرى . طبع على نفقة أمير دولة قطر، ١٤٠١ هـ= ١٩٨١ م .

١٤ ــ روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ، المكتب الإسلامي، ط ٢ سنة ١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م ببيروت .

١٥ ـ شرح منهاج الطالبين لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي المتوفى سنة ٨٦٤ هـ، مطبوع مع حاشية القليوبي وعميرة . مطبعة أحمد بن سعد بن نبهان وأولاده، ط ٤ سنة ١٣٩٤ هـ = ١٩٧٤ م .

١٦ ـ الغاية القصوى في دراية الفتوى، لقاضي القضاة عبد الله بن عمر البيضاوى، المتوفى سنة ٦٨٥ هـ، تحقيق علي محيي الدين علي القره داغي، دار الإصلاح الدمام ـ السعودية .

١٧ ـ فتح العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير)، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٢٣ هـ، مطبوع بهامش المجموع ومع تلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير، لابن حجر، دار الفكر .

١٨ ـ المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا محيى الدين بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ . (شرحه النووى من أول الجزء إلى نهاية الجزء التاسع، وعليه تكملتان : الأولى لتقي الدين السبكي من أول الجزء العاشر إلى آخر الجزء الثاني عشر، والثانية لمحمد نجيب المطيعي من أول الجزء الثالث عشر إلى آخر الجزء العشرين، وبه اكتمل المجموع) . وبهامشه فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي، وتلخيص الحبير لابن حجر . دار الفكر .

١٩ ـ مختصر المزني، لأبي (إبراهيم) إسماعيل بن يحيى المزني المتوفى سنة ٢٦٤ هـ، مطبوع بذيل الأم للشافعي في الجزء الثامن . مكتبة الكليات الأزهرية، شركة الطباعة الفنية المتحدة .

٢٠ ـ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (للنووى)، للشيخ محمد الخطيب الشربيني المتوفى سنة ٩٧٧ هـ، دار الفكر .

٢١ ـ منهاج الطالبين، لأبي زكريا محيى الدين بن شرف النووى، (ت ٦٧٦هـ) مطبوع مع شرحه مغني المحتاج للشربيني، دار الفكر .

٢٢ ـ المهذب، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ، مطبوع مع شرحه المجموع السابق ذكره . دار الفكر .

٢٣ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ، معه : ١ ـ حاشية أبي الضياء نور الدين، و ٢ ـ حاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشيدى، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦هـ = ١٩٦٧ م بمصر .

٢٤ ـ الوجيز ، لأبي حامد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ، مطبوع مع شرحه فتح العزيز للرافعي مع المجموع . دار الفكر .

ـ كتب الفقه الحنبلي :

١ ـ الأحكام السلطانية، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط ٢ سنة ١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م بمصر .

٢ ـ أعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ، تعليق طه عبد الرؤف سعيد، دار الجيل سنة ١٩٧٣ م بيروت ـ لبنان .

٣ ـ الإفصاح (كتاب الإفصاح) عن معاني الصحاح ، للوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي المتوفى سنة ٥٦٠ هـ، مطبعة الكيلاني ـ المؤسسة السعيدية بالرياض .

٤ ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوى الحنبلي المتوفى سنة ٨٧٥ هـ، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية ، ط ١ سنة ١٣٧٦ هـ = ١٩٥٧ م .

٥ ـ الروض المربع شرح زاد المستقنع، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ، ط ٦ ، دار الفكر .

٦ ـ الشرح الكبير على متن المقنع، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٨٢ هـ، مطبوع مع المغني لأبي محمد عبد الله بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ، دار الكتاب العربي ، ١٣٩٢ هـ = ١٩٧٢ م ، بيروت ـ لبنان .

٧ ـ شرح منتهى الإرادات المسمى " دقائق أولي النهى ، لشرح المنتهى ، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ، عالم الكتب ، بيروت .

٨ ـ الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، لأبي محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠ هـ، المكتب الإسلامي ، ط ٢ سنة ١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩ م ببيروت .

٩ ـ كشاف القناع عن متن الإقناع، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الحنبلي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ، عالم الكتب، ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م ببيروت .

١٠ ـ مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحرّاني المتوفى سنة ٧٢٨ هـ، جمع وترتيب : عبد الرحمن بن قاسم العاصمي النجدى الحنبلي، و ابنه محمد ، تصوير الطبعة الأولى، ١٣٩٨ هـ .

١١ ـ المغني شرح مختصر الخرقي، لابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ . تحقيق الدكتور طه محمد الزيني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٩ هـ = ١٩٦٩ م بمصر .

ـ كتب الفقه الظاهرى :

١ ـ المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر . منشورات المكتبة التجارية، ببيروت .

ـ كتب الفقه الزيدية :

١ ـ كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، للمهدى لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ، بهامشه كتاب جواهر الأخبار والآثار لمحمد بن يحيى بهران الصعدى المتوفى سنة ٩٥٧ هـ، مؤسسة الرسالة، ١٣٩٤ هـ = ١٩٧٥ م ببيروت .

ـ كتب أصول الفقه :

١ ـ الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدى المتوفى سنة ٦٣١ هـ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، سنة ١٣٨٧ هـ = ١٩٦٨ م بمصر .

٢ ـ إرشاد الفُحُول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط ١ سنة ١٣٥٦ هـ = ١٩٣٧ م بمصر .

٣ ـ أصول السرخسي ، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل المتوفى سنة ٤٩٠ هـ، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني ، حيدر آباد الدكن بالهند ٠

٤ ـ البرهان في أصول الفقه ، لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله ابن يوسف المتوفى سنة ٤٧٨ هـ ،تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب، ط ١ سنة ١٣٩٩ هـ بقطر ٠

٥ ـ التمهيد في أصول الفقه ، لأبي الخطاب الكلوذاني الحنبلي المتوفى سنة ٥١٠هـ، تحقيق ودراسة الدكتور مفيد محمد أبو عمشة، دار المدني ، ط ١ سنة ١٤٠٦ هـ = ١٩٨٥ م بجدة ، (من نشريات مركز البحث العلمي و إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة) ٠

٦ ـ الرسالة ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ، تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر ، سنة ١٣٠٩ هـ .

٧ ـ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني المتوفى سنة ٧٩٢ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان ٠

٨ ـ شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه ، لابن النجار الفتوحي الحنبلي المتوفى سنة ٩٧٢ هـ ، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي و الدكتور نزيه حماد ، دار الفكر، ط ١ سنة ١٤٠٢ هـ = ١٩٨٢ م بدمشق ٠ (من منشورات جامعة أم القرى ـ مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، بمكة المكرمة) ٠

٩ ـ كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى سنة ٧٣٠ هـ، دار الكتاب العربي ، طبعة جديدة بالأوفست ، سنة ١٣٩٤ هـ = ١٩٧٤ م، بيروت ـ لبنان ٠

١٠ ـ المستصفى من علم الأصول ، للغزالي ، محمد بن محمد ، أبو حامد المتوفى سنة ٥٠٥ هـ، المطبعة الأميرية ببولاق مصر المحمية، ط ١ ، ١٣٢٤هـ٠

١١ ـ مناهج العقول في شرح منهاج الوصول في علم الأصول ، لمحمد بن الحسن البدخشي ، بهامش نهاية السول للأسنوي ، مطبعة محمد علي صبيح بمصر ٠

١٢ ـ منهاج في علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفى سنة ٦٨٥ هـ، مع شرحيه : نهاية السول للأسنوي ، وشرح البدخشي ، مطبعة محمد علي صبيح بمصر ٠

١٣ ـ نهاية السول شرح منهاج الوصول ، لجمال الدين عبدالرحيم المتوفى سنة ٧٧٢ هـ، مطبعة محمد علي صبيح بمصر •

ـ كتب اللغة والمعاجم والغريب :

١ ـ إكمال الإعلام بتثليث الكلام ، لمحمد بن عبدالله بن مالك الجياني المتوفى سنة ٦٧٢ هـ، تحقيق ودراسة سعد بن حمدان الغامدى من نشريات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي لجامعة أم القرى بمكة المكرمة ، مكتبة المدني ، ط ١ سنة ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤ م بجدة •

٢ ـ أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، للشيخ قاسم القُونَوِي المتوفى سنة ٩٧٨ هـ، تحقيق الدكتور أحمد بن عبدالرزاق الكبيسي ، دار الوفاء ، ط ١ سنة ١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م بالسعودية ـ جدة •

٣ ـ تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد مرتضى الحسيني الزبيدى المتوفى سنة ١٢٠٥ هـ، دار مكتبة الحياة ببيروت •

ـ التعريفات = كتاب التعريفات للجرجاني •

٤ ـ تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ، دار الكتب العلمية ـ إدارة الطباعة المنيرية ،بيروت ـ لبنان •

٥ ـ تهذيب الصحاح ، لمحمود بن أحمد الزنجاني المتوفى سنة ٦٥٦ هـ، تحقيق عبدالسلام محمد هارون ـ أحمد عبدالغفور عطار ، عنى بنشره محمد سرور الصبّان ، دار المعرفة ، ١٣٧١ هـ بمصر •

٦ ـ تهذيب اللغة ، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى المتوفى سنة ٣٧٠هـ، تحقيق يعقوب عبد الغني ،مطابع سجل العرب، الدار المصرية بالقاهرة •

٧ ـ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، لإسماعيل بن حماد الجوهرى المتوفى في حدود ٤٠٠ هـ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ط ٢ سنة ١٤٠٢ هـ = ١٩٨٢ م بالقاهرة •

٨ ـ غريب الحديث ، لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروى المتوفى سنة ٢٢٤ هـ، دار الكتب العلمية ، ط ١ سنة ١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م ، بيروت ـ لبنان •

٩ ـ غريب الحديث ، لعبدالله بن مسلم بن قتيبة الدينورى المتوفى سنة ٢٧٦هـ، تحقيق الدكتور عبدالله الجبورى ، ط ١ سنة ١٣٩٧ هـ = ١٩٧٧ م، مطبعة العاني ، الجمهورية العراقية وزارة الأوقاف وإحياء التراث الإسلامي ، بغداد •

١٠ ـ غريب الحديث، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي البستي المتوفى سنة ٣٨٨ هـ، تحقيق عبد الكريم إبراهيم العزباوي • دار الفكر ، ط ١ سنة ١٤٠٢ هـ = ١٩٨٢ م بدمشق • (من نشريات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي لجامعة أم القرى بمكة المكرمة) •

١١ ـ الفائق في غريب الحديث ، لجار الله محمود بن عمر الزمخشري المتوفى سنة ٥٣٨ هـ، تحقيق علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم ، ط ٢ ، عيسى البابي الحلبي وشركاه •

١٢ ـ كتاب التعريفات ، لعلي بن محمد بن علي الجرجاني الحنفي المتوفى سنة ٨١٦ هـ، دار الكتب العلمية، ط ١ سنة ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م بيروت ـ لبنان •

١٣ ـ كتاب المغرب في ترتيب المعرب ، لأبي الفتح ناصر بن عبد السيد المطرزي الحنفي الخوارزمي المتوفى سنة ٦١٦ هـ، دار الكتاب العربي ، بيروت ـ لبنان •

١٤ ـ لسان العرب ، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري المتوفى سنة ٧١١ هـ، دار صادر ، بيروت •

١٥ ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ،تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي، دار المعارف بالقاهرة •

١٦ ـ معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى سنة ٣٩٥ هـ،تحقيق عبد السلام محمد هارون ،مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط ٢ سنة ١٣٩٠ هـ = ١٩٧٠ م بمصر •

١٧ ـ المعجم الوسيط ـ معجم اللغة العربية ـ باخراج إبراهيم مصطفى ، وأحمد حسن الزيات ، وحامد عبد القادر ،ومحمد علي النجار • المكتبة العلمية ، طهران •

ـ المغرب = كتاب المغرب للمطرزي •

١٨ ـ النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي ، بهامش المهذب للشيرازي، ط ٢ سنة ١٣٧٩هـ = ١٩٥٩م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر •

١٩ ـ النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك ابن محمد الجزري ابن الأثير المتوفى سنة ٦٠٦ هـ،تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي • توزيع دار الباز بمكة المكرمة •

- كتب التراجم والتاريخ والسير والطبقات :

١ـ الإستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر المتوفى سنة ٤٦٣ هـ، مطبوع بهامش الإصابة لابن حجر، ط ١ سنة ١٣٢٨ هـ ، دار إحياء التراث العربي ببيروت .

٢ـ أسد الغابة في معرفة الصحابة ، لعز الدين أبي الحسن علي بن محمد بن محمد المعروف بابن الأثير المتوفى سنة ٦٣٠ هـ، تحقيق محمد إبراهيم البناء و محمد أحمد عاشور و محمد عبد الوهاب فايد ، طبعة الشعب .

٣ـ الإصابة في تمييز الصحابة ، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ، بهامشه الإستيعاب لابن عبد البر ، دار إحياء التراث العربي ، ط ١ سنة ١٣٢٨ هـ ببيروت .

٤ـ الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، لخير الدين الزركلي ، ط ٣ .

٥ـ الإكمال في رفع الارتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنى والأنساب، للإمام علي بن هبة الله بن ماكولا المتوفى سنة ٤٧٥ هـ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط ١ سنة ١٣٨١ ، حيدر آباد ـ الهند .

٦ـ الأنساب ، لأبي سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المتوفى سنة ٥٦٢ هـ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، ط ١ سنة ١٤٠١هـ =١٩٧١م، حيدر آباد ـ الدكن ـ الهند .

٧ـ البداية والنهاية ، لأبي الفدا إسماعيل بن عمر بن كثير المتوفى سنة ٧٧٤ هـ ، مكتبة المعارف ، ط ٢ سنة ١٩٧٧ م، بيروت .

٨ـ تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي ، للدكتور حسن إبراهيم حسن ، ط ١ سنة ١٩٦٧ م مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة .

٩ـ تاريخ بغداد أو مدينة السلام، لأبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي المتوفى سنة ٤٦٣ هـ، دار الكتاب العربي ، بيروت ـ لبنان .

١٠ـ تاريخ التشريع الإسلامي ، للشيخ محمد الخضري بك، دار الكتب العلمية، ١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م ، بيروت ـ لبنان .

١١ـ تاريخ الحضارة الإسلامية في الشرق من عهد نفوذ الأتراك إلى منتصف القرن الخامس الهجرى ، للدكتور محمد جمال الدين سرور ، دار الفكر العربي ، ط ٣ سنة ١٣٩٣هـ=١٩٧٣ م ٠

١٢ـ تاريخ ابن خلدون ، للعلامة عبد الرحمن بن خلدون المغربي المتوفى سنة ٨٠٨ هـ ، منشورات دار الكتاب اللبناني ، القسم الخامس المجلد الرابع ، ١٩٥٨ م ، بيروت ٠

١٣ـ تاريخ دولة آل سلجوق ، لعماد الدين محمد بن الأصفهاني (اختار الشيخ الفتح بن علي بن محمد البندارى الأصفهاني) ، دار الآفاق الجديدة ، ط ٢ سنة ١٩٧٨ م ، بيروت ٠

١٤ـ تاريخ الفقه الإسلامي ، لمحمد علي السّايس ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده ، ١٣٧٦هـ= ١٩٥٧ م ، مصر ٠

١٥ـ التاريخ الكبير ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ، ط ١ سنة ١٣٧٨هـ= ١٩٥٩ م ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، حيدر آباد ـ الدكن ـ الهند ٠

ـ تاريخ يحيى بن معين = يحيى بن معين وكتابه التاريخ ٠

١٦ـ تذكرة الحفاظ ، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ ، ط ٣ ، سنة ١٣٤٧ هـ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ٠

١٧ـ تقريب التهذيب ، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، ط ٢ سنة ١٣٩٥ هـ ، دار المعرفة ، بيروت ٠

١٨ـ تهذيب الأسماء واللغات ، لمُحْيي الدين بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان ٠

١٩ـ تهذيب التهذيب لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى ٨٥٢ هـ ، ط ١ سنة ١٣٢٧ هـ مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر آباد ـ الهند ، دار صادر ، بيروت ٠

ـ تهذيب الكمال للمزّى = كتاب تهذيب الكمال

٢٠ـ الجرح والتعديل ، لأبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس الرازى المتوفى سنة ٣٢٧ هـ ، ط ١ سنة ١٣٧٢ هـ = ١٩٥٣ م ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، حيدر آباد ـ الهند ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان ٠

٢١ــ الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، لمحيي الدين عبدالقادر محمد القرشي الحنفي المتوفى سنة ٧٧٥ هـ ، ط ١ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر آباد ــ الهند .

٢٢ــ الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجرى أو عصر النهضة في الإسلام ، لآدم متز ، نقله إلى العربية : محمد عبدالهادى أبو ريد ، ط ٤ سنة ١٣٨٧هـ= ١٩٦٧ م ، القاهرة : مكتبة الخانجي ــ بيروت : دار الكتاب العربي .

٢٣ــ حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ، لأبي نعيم أحمد بن عبدالله الأصبهاني المتوفى سنة ٤٣٠ هـ ، ط ٢ سنة ١٣٨٧ هـ ، مطبعة السعادة ، دار الكتاب العربي ، المكتبة السلفية ، بيروت .

٢٤ــ ابن حنبل ، حياته عصره ــ آراؤه وفقهه ، للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي بالقاهرة .

٢٥ــ دائرة المعارف الإسلامية ، أصدرها أئمة المستشرقين في العالم ، النسخة العربية : إعداد وتحرير : إبراهيم زكي خورشيد وأحمد الشنتناوى و د . عبدالحميد يونس ، كتاب الشعب بالقاهرة .

٢٦ــ دائرة معارف القرن العشرون ــ الرابع عشر ــ العشرون ، لمحمد فريد وجدى ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان .

ــ دول الإسلام = كتاب دول الإسلام .

٢٧ــ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي المتوفى سنة ٧٩٩ هـ ، تحقيق د . محمد الأحمدى أبو النور ، دار التراث للطبع والنشر بالقاهرة .

٢٨ــ روضات الجنات في أحوال العلماء والسادات ، لمحمد باقر الموسوى الخوانساوى المتوفى سنة ١٣١٣ هـ ، تحقيق أسدالله إسماعيليان ، طبعة مكتبة اسماعيليان بطهران ــ إيران .

٢٩ــ سير أعلام النبلاء ، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ ، تحقيق جماعة من المتخصصين ، منهم : شعيب الأرنؤوط ، حسين الأسد ، مؤسسة الرسالة ، ١٤٠١هـ = ١٩٨١م ــ ١٤٠٥هـ= ١٩٨٥م بيروت . (ط ١) .

٣٠ــ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، لمحمد بن محمد مخلوف المتوفى سنة ١٣٥٥ هـ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ــ لبنان .

٣١ـ شخصيات كتاب الأغاني ، لأبي الفرج الأصفهاني ، (صنعه : الدكتور داود سلّوم والدكتور نوري حمودي القيسي) ، مطبعة المجمع العلمي العراقي ، ١٤٠٢هـ= ١٩٨٢ م ، بغداد .

٣٢ـ شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي المتوفى سنة ١٠٨٩ هـ ، المكتب التجاري ، بيروت ـ لبنان .

٣٣ـ شرح كتاب السير الكبير ، لمحمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ ، تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد ، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية ، ١٩٧١ م ، القاهرة .

٣٤ـ صفة الصفوة ، لجمال الدين أبي الفرج ابن الجوزي المتوفى سنة ٥٩٧هـ ، تحقيق محمود فاخور ومحمد رواس قلعه جي ، ط ١ سنة ١٣٨٩ هـ ، مطبعة الأصيل بحلب ، (دار الوعي) .

٣٥ـ طبقات الحفاظ ، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ ، تحقيق علي محمد عمر ، ط ١ سنة ١٣٩٣هـ = ١٩٧٣ م مطبعة الاستقلال ، مكتبة الوهبة ، القاهرة ـ مصر .

٣٦ـ طبقات الحنابلة ، للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى المتوفى سنة ٥٢٦ هـ ، تصحيح محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٧١هـ = ١٩٥٢ م ، القاهرة .

٣٧ـ الطبقات السنية في تراجم الحنفية ، لتقي الدين بن عبد القادر التميمي الغزّي ، المصري المتوفى سنة ١٠٠٥ هـ ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو ، مطابع الأهرام ، الجمهورية العربية المتحدة ، ١٣٩٠ هـ = ١٩٧٠ م القاهرة .

٣٨ـ طبقات الشافعية ، لجمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي المتوفى سنة ٧٧٢ هـ ، ط ١ سنة ١٣٩١ هـ ، تحقيق عبد الله الجبوري ، مطبعة الإرشاد ، بغداد .

٣٩ـ طبقات الشافعية (طبقات ابن هداية الله) ، لأبي بكر بن هداية الله الحسيني المتوفى سنة ١٠١٤ هـ ، تحقيق عادل نويهض ، ط ١ ، دار الآفاق الجديدة بيروت ـ لبنان .

٤٠ـ طبقات الشافعية الكبرى ، لأبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٧١ هـ ، تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو ، ط ١ سنة ١٣٨٦هـ= ١٩٦٧ م ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، القاهرة .

٤١ـ طبقات الفقهاء ، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ،تحقيق الدكتور إحسان عباس ، ط ٢ ، دار الرائد العربي، ١٤٠١هـ= ١٩٨١م ،بيروت ـ لبنان ٠

٤٢ـ طبقات الفقهاء الشافعية ،لأبي عاصم محمد بن أحمد العبادى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ، طبعة ليدن سنة ١٩٦٤ م ٠

٤٣ـ طبقات الكبرى ، لابن سعد ، دار صادر ـ دار بيروت ، ١٣٨٠هـ = ١٩٦٠ م بيروت ٠

٤٤ـ طبقات المفسرين ،للحافظ شمس الدين محمد بن علي بن أحمد الداودى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ ، ط ١ سنة ١٣٩٢ هـ مطبعة الاستقلال الكبرى،مكتبة وهبة ، عابدين ٠ (تحقيق : علي محمد عمر).

٤٥ـ طبقات المفسرين ، للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ ، تحقيق علي محمد عمر ، ط ١ سنة ١٣٩٦ هـ = ١٩٧٦ م ، مطبعة الحضارة العربية الفجالة ـ مكتبة وهبة ، عابدين ٠

٤٦ـ العبر في خبر من غبر ،للحافظ الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ ،تحقيق فؤاد سيد ، مطبعة حكومة الكويت ، الكويت ٠ (١٩٦١ م) ٠

٤٧ـ العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين ، لتقي الدين محمد بن أحمد الحسن الفاسي المكي المتوفى سنة ٨٣٢ هـ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٨٥هـ= ١٩٦٦ م ٠

٤٨ـ الفتح المبين في طبقات الأصوليين ، للشيخ عبد الله مصطفى المراغي ، ط ٢ سنة ١٣٩٤ هـ = ١٩٧٤ م ، محمد أمين وشركاه ، بيروت ـ لبنان ٠

٤٩ـ الفهرست ، لأبي الفرج محمد بن إسحاق بن محمد النديم المتوفى سنة ٤٣٨ هـ، دار المعرفة ، بيروت ـ لبنان ٠

٥٠ـ الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، لأبي الحسنات محمد بن عبد الحى الكنوى المتوفى سنة ١٣٠٤ هـ، دار المعرفة ، ١٣٢٤ هـ، بيروت ٠

٥١ـ الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة ،لأبي عبد الله شمس الدين الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ ،تحقيق عزت علي عيد عطية وموسى محمد علي الموشي ، دار الكتب الحديثة ،عابدين ٠

٥٢ـ الكامل في التاريخ ، لعز الدين علي بن محمد بن عبد الكريم الشيباني المعروف بابن الأثير المتوفى سنة ٦٣٠ هـ، دار صادر ، ١٣٩٩هـ = ١٩٧٩م، بيروت ٠

٥٣ـ الكامل في ضعفاء الرجال ، للحافظ أبي أحمد عبدالله بن عدى الجرجاني المتوفى سنة ٣٦٥ هـ ، تحقيق لجنة من المختصين باشراف الناشر ، ط ١ سنة ١٤٠٤هـ= ١٩٨٤ م ، دار الفكر ، بيروت ـ لبنان .

٥٤ـ كتاب تهذيب الكمال في أسماء الرجال للحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزّى المتوفى سنة ٧٤٢ هـ ، نسخة مصورة عن النسخة الخطية المحفوظة بدار الكتب المصرية ، دار المأمون للتراث ، دمشق / بيروت .

٥٥ـ كتاب الثقات ، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستى المتوفى سنة ٣٥٤ هـ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، ط ١ سنة ١٣٩٧هـ= ١٩٧٧م ، حيدر آباد ـ الدكن ـ الهند .

٥٦ـ كتاب دول الإسلام ، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ ، ط ١ سنة ١٣٣٧ هـ ، مطبعة دائرة المعارف النظامية ، حيدر آباد ـ الدكن .

٥٧ـ كتاب الضعفاء الكبير ، لأبي جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حمّاد العقيلي المكي المتوفى سنة ٣٢٢ هـ ، تحقيق الدكتور عبدالمعطى أمين قلعجي ، ط ١ سنة ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .

٥٨ـ كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، لمصطفى بن عبدالله الشهير بحاجي خليفة المتوفى سنة ١٠٦٧ هـ ، منشورات مكتبة المثنى ببغداد .

٥٩ـ لسان الميزان ، لشهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، ط ١ سنة ١٣٣٠ هـ ، حيدر آباد ـ الهند ، منشورات مؤسسة الأعلى للمطبوعات بيروت ـ لبنان ، ١٩٧١ م من الطبعة الأولى .

٦٠ـ اللباب في تهذيب الأنساب ، لعزالدين علي بن محمد بن عبدالكريم الشيباني المعروف بابن الأثير المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ، دار صادر ، بيروت .

٦١ـ المؤتلف والمختلف ، لأبي القاسم الحسن بن بشر بن يحيى الآمدى المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، تحقيق عبدالستار أحمد فراج ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، ١٣٨١ هـ القاهرة .

٦٢ـ محاضرات تاريخ الأمم الإسلامية (الدولة العباسية) ، للشيخ محمد الخضرى بك ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر .

٦٣ـ مرآة الجنان وعبرة اليقظان في معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان، لأبي محمد عبدالله بن أسعد بن علي بن اليافعي اليمني المتوفى سنة ٧٦٨ هـ، مطبعة دائرة المعارف النظامية، ط ١ سنة ١٣٣٨ هـ، حيدر آباد ـ الهند .

٦٤ـ مشاهير علماء الأمصار، لمحمد بن حبان البستي المتوفى سنة ٣٥٤ هـ، تصحيح م . فلايشهمر، مطبعة لجنة التأليف والترجمة ١٣٧٩هـ= ١٩٥٩م، القاهرة .

٦٥ـ المشتبه في الرجال أسماؤهم وأنسابهم، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ط ١ سنة ١٩٦٢م القاهرة، (تحقيق علي محمد البجاوي) .

٦٦ـ معجم الأدباء، لشهاب الدين أبي عبدالله ياقوت بن عبدالله الحموي الرومي البغدادي المتوفى سنة ٦٢٦ هـ، مطبوعات دار المأمون، الطبعة الأخيرة .

٦٧ـ معجم البلدان لشهاب الدين أبي عبدالله ياقوت بن عبدالله الحموي الرومي والبغدادي المتوفى سنة ٦٢٦ هـ، دار صادر، ١٣٩٧ هـ = ١٩٧٧ م، بيروت .

٦٨ـ معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية، لعمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان .

٦٩ـ مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، لأحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زاده، مراجعة وتحقيق كامل بكرى وعبدالوهاب أبو النور، مطبعة الاستقلال الكبرى، ١٩٦٨ م، القاهرة .

٧٠ـ مقدمة ابن خلدون، للعلامة عبدالرحمن بن خلدون المغربي المتوفى سنة ٨٠٨ هـ، دار القلم، ١٩٨١ م، بيروت ـ لبنان . (الطبعة الرابعة) .

٧١ـ مناقب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي الفرج عبدالرحمن بن الجوزي المتوفى سنة ٥٩٧ هـ، تصحيح محمد أمين الخانجي الكتبي، مطبعة السعادة، ط ١ مصر .

٧٢ـ مناقب الشافعي، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ، تحقيق السيد أحمد صقر، ط ١ سنة ١٣٩١هـ=١٩٧١م، مكتبة دار التراث، القاهرة .

٧٣ـ المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، لأبي الفرج عبدالرحمن بن علي بن الجوزي المتوفى سنة ٥٩٧ هـ، ط ١ سنة ١٣٥٩ هـ مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد ـ الدكن .

٧٤ـ ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ، تحقيق علي محمد البجاوى ، ط ١ سنة ١٣٨٢هـ = ١٩٦٣م، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، مصر .

٧٥ـ النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة ، لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغرى بردى الأتابكي المتوفى سنة ٨٧٤ هـ، نسخة مصورة عن طبعة دار الكتب .

٧٦ـ هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين ، لإسماعيل باشا البغدادى المتوفى سنة ١٣٩٩ هـ،طبعة استانبول سنة ١٩٥١ م .

٧٧ـ(*) وفيات الأعيان وأنباء الزمان ،لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان المتوفى سنة ٦٨١ هـ، تحقيق الدكتور إحسان عباس ،دار صادر ، بيروت .

٧٨ـ يحيى بن معين وكتابه التاريخ ، المتوفى سنة ٢٣٣ هـ، دراسة وترتيب وتحقيق د. أحمد بن محمد نورسيف ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ط ١ سنة ١٣٩٩ هـ= ١٩٧٩ م ، من منشورات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ـ كلية الشريعة بمكة المكرمة .

ـ مراجع مختلفة :

١ـ أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، للدكتور مصطفى سعيد الخنّ ، ط ٢ سنة ١٤٠١ هـ = ١٩٨١ م، مؤسسة الرسالة، بيروت .

٢ـ أدب الدنيا والدين ،لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ،تحقيق مصطفى السقا ، دار الفكر ، المكتبة الفيصلية،مكة المكرمة .

٣ـ إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ،للشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، ط ١ سنة ١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩ م ،المكتب الإسلامي ،بيروت .

٤ـ أصول الفقه ، للشيخ محمد أبو زهرة ، المكتبة الفيصلية ، ١٤٠٥ هـ= ١٩٨٥ م ، مكة المكرمة .

(*) سقط من المصادر " الوافي " للصفدى و" الوفيات" لابن قنفذ ، فأثبت المصدرين مقابل الصفحة . (المحقق) .

٥ــ الاعتصام ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ ، دار المعرفة ،١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م ،بيروت ــ لبنان .

٦ــ إعلاء السنن ، لظفر أحمد العثماني التهانوى المتوفى سنة ١٣٩٤ هـ، تحقيق محمد تقي عثماني ،إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ،كراتشي ـ باكستان .

٧ــ أعلام النبوة ،لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ، مراجعة و تقديم طه عبد الرؤف سعد ،مكتبة الكليات الأزهرية، مطبعة شمس الحرية، ١٣٩١هـ = ١٩٧١ م .

٨ــ الأنباء في تاريخ الخلفاء ، لعلي بن محمد المعروف بابن العمراني المتوفى سنة ٥٨٠ هـ ، تحقيق الدكتور قاسم السامرائي ، مطبعة لايدين ١٩٧٣م منشورات المعهد الهولندى ، القاهرة .

٩ــ التحفة الملوكية في الآداب السياسية المنسوبة للإمام أبي الحسن الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ ،تحقيق ودراسة الدكتور فؤاد عبد المنعم، مؤسسة شباب الجامعة الإسكيدرية ،مطابع جريدة السفير بالإسكندرية .

١٠ــ تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق المَلِك وسياسة المُلْك ، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ، تحقيق ودراسة رضوان السيد ، ط ١ سنة ١٩٨٧ م، دار العلوم العربية ، بيروت ــ لبنان .

١١ــ التعزير في الشريعة الإسلامية ، للدكتور عبد العزيز عامر، ط ٥ سنة ١٣٩٦ هـ = ١٩٧٦ م دار الفكر العربي .

١٢ــ دراسات في الفقه الإسلامي ، للدكتورين عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان و محمد إبراهيم أحمد علي ، من منشورات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ــ كلية الشريعة الإسلامية ، ط ١ ،مطابع الصفا بمكة المكرمة .

١٣ــ دفع الخيالات في رد ما جاء على القول الوضاح من المفتريات ، لأحمد بَكْ الحسيني الشافعي ، بهامشه كتاب القول الوضاح ، دار الكتب العربية ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر .

١٤ــ ديوان الأعشى ، دار صادر ، بيروت .

١٥ــ ديوان ابن مقبل ، تحقيق الدكتور عزة حسن ، وزارة الثقافة والإرشاد القومي مطبوعات مديرية إحياء التراث القديم، ١٣٨١ هـ = ١٩٦٢م بدمشق .

١٦ــ زهير بن أبي سُلْمى حياته وشعره، للدكتور إحسان النص، دمشق .

١٧ـ زهير بن أبي سُلمى شاعر السلم في الجاهلية، للدكتور عبد الحميد سند الجندى، وزارة الثقافة والإرشاد القومي المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر .

١٨ـ شرح شعر زهير بن أبي سُلمى ، لأبي العباس ثعلب المتوفى سنة ٢٩١ هـ، تحقيق الدكتور فخرالدين قباوة، ط ١ سنة ١٤٠٢هـ = ١٩٨٢ م دار الآفاق الجديدة ، بيروت .

١٩ـ الشعر والشعراء ، لأبي محمد عبدالله بن مسلم بن قتيبة الدينورى المتوفى سنة ٢٧٦ هـ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، سنة ١٩٦٦ م، دار المعارف مصر .

٢٠ـ صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، لأبي العباس أحمد بن علي القلقشندى المتوفى سنة ٨٢١ هـ ، مطابع كوستاتسوماس وشركاه، وزارة الثقافة والإرشاد القومي المؤسسة المصرية العامة ،بالقاهرة .

٢١ـ العز بن عبدالسلام حياته وآثاره ومنهجه في التفسير، للدكتور عبدالله ابن إبراهيم الوهيبي ، ط ١ سنة ١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩م ، المطبعة السلفية ، القاهرة .

٢٢ـ الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، ط ٢ سنة ١٤٠٥هـ= ١٩٨٥ م، دار الفكر، دمشق .

٢٣ـ القاضي أبو يعلى الفراء وكتابه الأحكام السلطانية، للدكتور محمد عبدالقادر أبو فارس، ط ٢ سنة ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م،مؤسسة الرسالة ، بيروت .

٢٤ـ قوانين الوزارة، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى عام ٤٥٠ هـ، تحقيق الدكتور فؤاد عبدالمنعم أحمد و الدكتور محمد سليمان داود ، ط ٢ سنة ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م، مؤسسة شباب الجامعة ،المطبعة العصرية بالإسكندرية .

٢٥ـ كتاب الحيوان ، لأبي عثمان عمرو بن بحر الجاحظ المتوفى سنة ٢٥٥هـ تحقيق عبدالسلام محمد هارون، ط ٢ سنة ١٣٨٦هـ = ١٩٦٧ م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر .

٢٦ـ كتاب قتال أهل البغي من الحاوى الكبير،لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى (ت ٤٥٠هـ)، تحقيق الدكتور إبراهيم صندقجي ، ط ١ سنة ١٤٠٧هـ= ١٩٨٧ م ،مطبعة المدني ، مصر .

٢٧ــ مجمع الأمثال ، لأبي الفضل أحمد بن محمد بن أحمد بن إبراهيم الميداني المتوفى سنة ٥١٨هـ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٣٩٨ هـ= ١٩٧٨ م ٠

٢٨ــ مختصر أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٤ هـ= ١٩٥٤ م ، القاهرة ٠

٢٩ــ المدخل إلى أصول الفقه ،للشيخ محمد معروف الدواليبي، ط ٥ سنة ١٣٨٥ هـ = ١٩٦٥ م، مطابع دار العلم للملايين ٠

٣٠ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ،للدكتور حسين حامد حسّان ، ط ٢ سنة ١٩٧٩ م مكتبة المتنبي بالقاهرة ٠

٣١ــ معجم الشعراء الجاهلين والمخضرمين ، د ٠ عفيف عبد الرحمن ،دار العلم للطباعة والنشر، ١٤٠٣هـ= ١٩٣٨ م ٠

٣٢ــ معجم فقه السلف عترة وصحابة وتابعين، تأليف محمد المنتصر الكتاني ، ط ١ سنة ١٤٠٥ هـ مطابع الصفا من منشورات جامعة أم القرى المركز العالمي للتعليم الإسلامي ،مكة المكرمة ٠

٣٣ــ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، للشيخ أبو زهرة، دار الفكر العربي، ١٣٩٦ هـ = ١٩٧٦ م ٠

٣٤ــ من أعلام الإسلام الإمام أبو الحسن الماوردى المتوفى عام ٤٥٠ هـ، للدكتورين محمد سليمان داود و فؤاد عبد المنعم أحمد ، مؤسسة شباب الجامعة ١٩٧٨م، مطبعة شريف ٠

٣٥ــ مناهج تحقيق التراث بين القدامى والمحدثين، للدكتور رمضان عبد التواب ، ط ١ سنة ١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م ، مكتبة الخانجي بالقاهرة ٠

٣٦ــ موسوعة فقه إبراهيم النخعي ،للدكتور محمد روّاس قلعه جي ، ط ١ سنة ١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩ م،من منشورات جامعة الملك عبد العزيز مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، مكة المكرمة ٠

٣٧ــ نصيحة الملوك، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ،تحقيق خضر محمد خضر ، ط ١ سنة ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م ، مكتبة الفلاح بالكويت ٠

– الرسـائل الجامعيـة :

١– الإمام ابن جرير الطبرى ودفاعه عن عقيدة السـلف، رسالة دكتوراه مقدمة من أحمد العوايشـة عام ١٤٠٣هـ=١٩٨٣ م بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .

٢– كتاب البيوع من الحاوى الكبير للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ، (تحقيق ودراسـة) ، رسالة دكتوراه مقدمـة من محمد مفضل مصلح الدين عام ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م بجامعة أم القرى بمكـة المكرمـة .

٣– كتاب الحدود من الحاوى الكبير لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيـب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ، (تحقيق ودراسـة) ، رسالة دكتوراه مقدمة من إبراهيم بن علي بن إبراهيم صندقجي عام ١٤٠٢ هـ بجامعة أم القرى بمكـة المكرمـة .

٤– كتاب الديات من الحاوى الكبير للإمام الماوردى ، (تحقيق و دراسـة) ،رسالة دكتوراه مقدمة من عبد الله حليم ساينج عام ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م بجامعة أم القرى بمكة المكرمـة .

٥– كتاب الزكاة من الحاوى الكبير للإمام الماوردى ،(تحقيق ودراسـة) ، رسالة دكتوراه مقدمة من ياسين ناصر محمود الخطيب عام ١٤٠٣ هـ بجامعـة أم القرى بمكة المكرمة .

٦– كتاب السـير من الحاوى الكبير للإمام الماوردى (تحقيق ودراسـة) ، رسـالة دكتوراه مقدمة من محمد بن رديد المسـعودى عام ١٤٠٣ هـ بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .

٧– كتاب الصلاة (من أوله إلى أول باب فضل صلاة الجماعة) من الحاوى الكبير للإمام الماوردى ، (تحقيق ودراسـة) رسالة دكتوراه مقدمة من السيد عقيل حسين منور عام ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .

٨– كتاب النفقات والرضاع من الحاوى الكبير ~~من الحاوى الكبير~~ للإمام الماوردى، (تحقيق ودراسـة) ، رسالة دكتوراه مقدمة من عامر سعيد الزنبارى عام ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤ م بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .

٩– كتاب النكاح (إلى أول كتاب الصداق) من الحاوى الكبير، للإمام الماوردى ، (تحقيق ودراسة) ، رسالة دكتوراه مقدمة من عبد الرحمن شميلة الأهدل عام ١٤٠٧هـ= ١٩٨٧ م بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .

ـ الدوريـــات :

١ ـ العربي (مجلة عربية شهرية جامعة)، العدد : ٧٦ ، ٢٩ شوال ١٣٨٤ هـ = مارس ١٩٦٥ م ، وزارة الإرشاد والأنباء بحكومة الكويت،بالكويت ٠

٢ـ مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، العدد الثاني ، جماد الثاني ، ١٣٩٨هـ، (المذهب عند الشافعية ، الدكتور إبراهيم أحمد علي) ٠

* * *

تاسعا : فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

محتويات قسم التحقيق

الصفحة

الموضـــوع

الموضوع	الصفحة

(انتهى فهرس كتاب العارية)

الصفحة

كتـاب الـغـصــب ٩٠ـ٤٠٣

الموضـــوع | الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

(انتهى فهرس كتاب الغصب)

كتـاب الشـــفـعــة ٤٠٧ـ٦٧٩

الموضــوع	الصفحة

الموضـــوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع — الصفحة

الموضــوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة
* ٤١ـ مسألة : و لو شج رجل رجلا موضحة عمدا ، فصالحه منها على شقص	٦٦٣
* أ ٤١/١ (فصل) : و إذا حضر رجل مَغْنَمًا ، فأعطاه الإمام لحضوره شقصا من دار ، وطالبه الشفيع بالشفعة	٦٦٥
* ٤٢ـ مسألة : ولو اشترى ذمي من ذمي شقصا بخمر أوخنزير ، فتقابضا ؛ فلا شفعة فيه لمسلم ، ولا ذمي ...	٦٦٧
* ٤٣ـ مسألة : والمسلم والذمي في الشفعة سواء	٦٦٩
* أ ٤٣/١ (فصل) : قال الشعبي : لا شفعة لبدوى على حضرى ...	٦٧٣
ـ قال النخعي : لا شفعة لغائب على حاضر ...	٦٧٣
ـ قال أبوحنيفة : لا تثبت الشفعة في دُورِ مكة	٦٧٣
* ٤٤ـ مسألة : و لا شفعة في عبد ، و لا أمة ، و لا دابة ، و لا ما لا يصلح فيه القَسْمُ	٦٧٥
ـ وحكي عن عطاء : أن الشفعة في كل مُشْتَرَكٍ من حيوان أو غيره	٦٧٦

(انتهى فهرس كتاب الشفعة)

*   *   *

كشـــاف الـفـهـــارس ٦٨٠

*

* * *

*